كتاب البيوع ١
باب البيع الفاسد ١
فصل ٢٤
باب السلم ٣٢
باب كفالة الرجلين ٤٩
باب التحكيم ٥٦
فصل شاهد الزور ٦٧
باب الوكالة بالخصومة والقبض ٧٥
باب العزل الوكيل ٧٩
باب ما يدعيه الرجلان ٨٧
باب اوار المريض ٩٧
فصل في الدين المشترك ١٠٣
فصل فيما يفعله المضارب ١١٠
فصل في الصدقة ١٢٢
باب الضمان للاجير ١٢٨
كتاب الشركة ١٣٣
باب الشركة المشتركة ١٣٩
باب خيار الشرط ٢
فصل فيما يكره ٢١
باب الحقوق ٢٩
كتاب الصرف ٣٩
كتاب الحوالة ٥١
كتاب الشهادات ٦١
كتاب الرجوع عن الشهادة ٦٧
كتاب الدعوى ٨٠
فصل في التنازع بالايدي ٨٩
فصل في التخارج ١٠٤
كتاب الوديعة ١١٣
كتاب العارية ١١٧
كتاب الاجارة ١٣٢ ١٠٩
باب اجارة العبد ١٣٠
باب الاجارة على احد الشرطين ١٢٩
فصل في الكتابة الفاسدة ١٣٤
باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ١٤١
باب خيار الرؤية ٣٢
باب الاقالة ٣٢
باب الاستحقاق ٣٠
كتاب الكفالة ٤٣
كتاب ادب القاضي ٥١
فصل ٦٣
باب الوكالة بالبيع والشراء ٧٠
باب التحالف ٨٣
كتاب الاقرار ٩٢
باب الوصي ٩٠
باب دعوى النسب ٩٠
كتاب الصلح ٩٩
باب المضاربة ١٠٥
كتاب الهبة ١١٥
باب الرجوع في الهبة ١٢٠
فصل ٢٠٠
باب الاجارة الفاسدة ١٢٥
باب منثور ١٣٢
باب فسخ الاجارة ١٣١
فصل ١٣٦
باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله ١٣٥
كتاب الولاء ١٤٣
باب خيار الغبن ٤
باب المرابحة والتولية ٢٢
فصل في البيع الفضولي ٣١
فصل في الضمان ٤٦
باب كتاب القاضي الى القاضي ٥٣
باب الشهادة على الشهادة ٦٦
فصل ٧٣
فصل ٩٣
باب الاستثناء وما في معناه ٩٥
باب التبرع بالصلح والتوكيل به ١٠٣
فصل ١٠٣
فصل ١٠٩
فصل ١٣٦
فصل ١٤٠
كتاب الاكراه ١٤٦
فصل ١٤٢
باب الوكالة ١٧٥
فصل ١٧٥
فصل ١٧٥
فصل

صار ملكا من عواري الزمان بثمن معين قدره ثلثمائة وستين درهما وانا الفقير عبد الله بن محمد عفا عنهما الكريم الصمد

فهرست كتاب

1

من كتب الفقير السيد فيض الله مفتي الممالك العثمانية
عفي عنه

[illegible]

دخل في ملك الفقير عبد الكريم
الشهير بجويكي زاده
السيروزي

تملكه الفقير حسين بن مراد السمرقندي
بثمن معين قدره ثلثمائة درهم
وستون درهما في سنة اربع
وعشرين وتسعمائة

ملك هذا الكتاب [illegible]
وانا الفقير عبد الغني بن محمد

الثالث من الهداية

٢٤٠

[illegible]

توفي العالم الرباني والعامل الصمداني [illegible]

جمادى الآخرة سنة خمس و الف

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والمرفوع للاخبار فاستعمل فيه فينعقد به واحتمال بلفظ احدهما بلفظ المستقبل كلفاف النكاح وقد مر الفرق بينهما لك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر هذا هو المعقول وهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق التراضاة لك واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فللآخر الخيار في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم ينفذ الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لحق له عن الخطاب حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة تحقيقا لليسر ودفعا للعسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبله في بعض المجلس وان يفسخ المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات شتى وانما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض دلالة الرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع وللخيار لواحد منهما الامر عيب او عدم رؤية فقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولنا ان في النسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول

وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او تحمل فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيما لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولابد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه في قريب المدة وهو يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحرز عن المنازعة فينصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان يرتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب وارج فحينئذ ينصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والمنصرية اليوم بمنزلة الدراهم كما قالوا بين العدالي بفوغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كما قالوا وينصرف الى ما نقد به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه خلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف

النوعان فبيعوا كيف شئتم وللرّ الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه
جهالة القيمة بخلاف ما اذا باع بجنسه مجانفة لما فيه من احتمال
الربوا قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر
بعينه لا يعرف مقداره لانّ الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لما
انه يتعجل فيه التسليم فيندرها كما قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي
حنيفة رضوان الله عنه انه لا يجوز في البيع ايضا والاوّل اصح واظهر
قال ومن باع صبرة طعام كلّ قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز
واحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يسمّي جميع قفزانها وقالا
يجوز في الوجهين لانه تعذر الصرف الى الكلّ لجهالة المبيع والثمن
فينصرف الى الاقلّ وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية
جميع القفزان وبالكيل في المجلس ولهما انّ الجهالة بيدهما
ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على انّ
المشتري بالخيار ثم اذا في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله
للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا الكيل في المجلس كلّ
او سمّى جميع قفزانها لانه علم ذلك الان فالخيار كما اذا
اداه ولم يكن لاوقف البيع ومن باع قطيع غنم كلّ شاة بدرهم
فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكذا من باع
ثوبا مذارعة كلّ ذراع بدرهم ولم يسمّ جملة الذرعان وكذا كلّ
معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكلّ لما قلنا وعنه
يصرف الى الواحد لما بيّنا غير انّ بيع شاة من قطيع وذراع
من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم
التفاوت ولا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليهما
في الاوّل فوضح الفرق ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة

درهم فوجدها اقلّ كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود
بحصّته وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام
فلم يتمّ رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لانّ البيع
وقع على مقدار معلوم معيّن والنقد ليس بوصف ومن اشترى
ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انه مائة ذراع بمائة
فوجدها اقلّ فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان
شاء ترك لانّ الذرع وصف في الثوب لا يرى انه عبارة عن
الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف
الحيوان وهذا باخذه بكلّ الثمن بخلاف الفصل الاوّل لانّ
المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصّته الا انه يتخيّر لفوات الوصف
المذكور لتغيّر المعقود عليه فيتخلّل الرضا وان وجدها اكثر من
الذرع الذي سمّاه فهو للمشتري والخيار للبائع لانه صفقة فكان
بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم وقال بعتكها على
انها مائة ذراع بمائة كلّ ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذها بحصّتها من الثمن وان شاء ترك لانّ
الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا باقرارهم بذكر الثمن
فنزل كلّ ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكلّ الثمن لم يمكن
اخذ الجميع كلّ ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء
اخذ الجميع كلّ ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل
له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر
فيتخيّر وانما يلزمه الزيادة لما بيّنا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقلّ
لم يكن آخذا بالشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع
من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا

هو جاين وان اشترى عشرة اسهم مائية سهم جاز في قولهم جميعا
لها ان عشرة اذرع مائية ذراع عشر الدار فاشبه عشرة
اسهم ولهما ان الذراع اسم لما يذرع واستعير لما يحله الذراع وهو
المعين دون الماء وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا نزاع
عند ابي حنيفة رحمه الله بيانه اذا علم جملة الذرعان لو لم يعلم
هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى
عبدا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر تفسد البيع
لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان
بقدره فله الخيار ولم تجز الزيادة لجهالة العشرة المبيعة
وفصل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في فصل النقصان
ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما ثوبان
فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد
منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي
وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى
ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة
ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه
الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه
بتسعة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الوجه الاول ياخذه
بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان في ضم زيادة
مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه ولابي
يوسف رحمه الله انه لما اورد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع
منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان
الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو

مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس
الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على الشرط
لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز
بيع ذراع منه **فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها
في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء
في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع
ارضا دخل فيها من النخيل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به
للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية
لانه متصل بها للفصل فاشبه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا
او شجرا فيه ثمرة فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع
ولان الى اتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع
ويقال للبايع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان
ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما
اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر
صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم
المعتاد وفي العادة ان لا يقطع وصار كما اذا انتهت مدة الاجارة
وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك
باجر وتسليم العوض تسليم المعوض ولا فرق بينما اذا كان
الثمر بحالة لم فيه او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبايع
لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع
الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بدا فيها
صاحبها ولم يثبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو بيعت

ولم يصرله قيمة قد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل وكأن هذا بناء على
الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل
الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو وقف بكل
قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او وقف من مرافقها لم يدخل
فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه واما
الثمر المجتذذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالنص
قال ومن باع نخلة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه
ملك منتفع به منتفعا به في الحال او في الثاني وقيل
لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها
في الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط
القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه
العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهي
اعانة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا
اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا
واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه
شرط فيه الجز المعدوم وهو الذي يزيد بعد من الارض والسبخ
ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل
وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذات الحصرم بحصته محفوظة
وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة
لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد
استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة
باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا كالذي
ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه

حتى لا يطيب الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا
ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع
لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان
فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه امين وكذا
في الباذنجان والبطيخ والمختار ان يشتري الاصل لتحصل الزيادة
على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة
خلافا لمالك رحمه الله لان البائع بعد الاستثناء مجهول بخلاف
ما اذا استثنى نخلا معينا لان البائع معلوم بالمشاهدة قال رضي
الله عنه قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي وعلى ظاهر الرواية
فينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده
يجوز استثناؤه من العقد وبيع ثفير من صبرة جائز وكذا استثناؤه
بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا
استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلي في قشوره
وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلي
الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده
وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله لان
المعقول عليه مستور بما لا منفعة فيه فاشبه تراب الصاغة
اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع
النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة
ولانه حبة منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه
مالا متقوما بخلاف الصاغة لانه انما لا يجوز بجنسه لاحتمال الربوا
في نوباعه بخلاف جنسه جازوفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا
لشبهة الربوا لانه لا يدري قدرما في السنابل ومن باع دارا دخل

في البيع مفاتيح أغلاقها لأنه يدخل فيه الأغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء
والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه
إذا لم ينتفع به بدونه ك وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع
أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا باع
مكايلة وكذلك هذا أجرة الوزان والذراع والعداد وأما النقد
فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله لأن النقد يكون بعد
التسليم الا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه
ليتميز ما تعلق به حقه من غيره ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن
سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج الى تسليم الجيد المنقد والجودة
تعرف بالنقد كما تعرف العقد بالوزن فيكون عليه ك
وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج الى تسليم
الثمن وبالوزن يتحقق التسليم ك ومن باع سلعة بثمن قيل
للمشتري لدفع الثمن لعله لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم
دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لأنه لا يتعين بالتعيين
وحقيقة المساواة ك ومن باع سلعة بسلعة لم تسلم بثمن قيل
لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلحاجة الى أحدهما في الدفع
والله أعلم

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز للبائع والمشتري وهو الخيار ثلاثة أيام فما
دونها والأصل ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري
رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام
إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر منها
عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله
وقال لا يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنه

أنه أجاز الخيار الى شهرين ولأن الخيار إنما شرع للحاجة الى التروي
ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن
ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد
وهو اللزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر
على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة لأنه إذا جاز في الثلاث
جاز عندهما خلافا لزفر رحمه الله هو يقول إنه لو فسد العقد
فاسدا لا ينقلب جائزا ولهما أنه إسقاط المفسد قبل تقرره فيصير
جائزا كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولأن للفساد أعباء
اليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد
وهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل
ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه
الأول ك ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا
بيع بينهما جاز الى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقال محمد يجوز الى أربعة أيام لو أكثر فإن نقد في
الثلاث جاز في قولهم جميعا والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط
الخيار لو الحاجة ماسة الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن
المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر أبو حنيفة رحمه الله على
أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث ولهذا محمد رحمه الله
في تجويز الزيادة على الثلاث وأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل
بالترفق في هذا بالقياس وفي المسلة فيأس آخر والبيع ك فاسد
رحمه الله وهو أن يبيع شيئا فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وشرط
الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد لأولى وجه الاستحسان ما بينا
ك وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب

بالمراضاة ولا يتم مع الخيار وهذا ينفذ عتقه فلا يملك المشتري التصرف فيه
وان قبضه باذن البايع فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه
بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولانفاذ بدون
المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك
في يد البايع انفسخ البيع ولا شئ على المشتري اعتبارا بالصحيح
المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان
البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج
البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر فاما
الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يملكه لانه لما خرج
عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملكه يكون زايلا لا الى ملك
ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن
عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه للجمع الحد للان في ملك رجل
واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع ولان المعاوضة تقتضي
المساواة وللان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على
المصلحة فيه ولو ثبت الملك به يتعلق عليه من غير اختياره بان كان قريبه
فيفوت النظر وكذا اذا دخله
عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله
عيب يمنع الرد والهلاك لا يرى عن مقابلة عيب فيهلك
والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب
لا يمنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف قال
ومن اشترى امرأة على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه
لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها لم يرد بها لان الوطئ يحكم
النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطئ ينقصها وهذا عند ابي حنيفة

رحمه الله وقالا ينفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لانه وطئها
بملك اليمين فيمنع الرد وان كانت ثيبا وهن المسلمة اخوان كلها
عتق المشتري على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها
عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها
عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا
قال ان اشتريت لانه كالمشيئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار
ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجزئ به من الاستبراء عندهما
ردت بحكم الخيار على البايع لا يجب عليه الاستبراء عندهما وعندهما
يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة
في مدة البالنكاح لم تصر ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا
قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع
فهلك في يده في المدة هلك من مال البايع لارتفاع القبض
بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع
باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا
فاباره البايع في المدة بغير خيار عنده لارتفاع
امتناع عن التملك والمأذون له يملك وعندهما بطل حياره
لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله
ومنها اذا اشترى ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم
بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا تملك رده وهو مسلم
وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار
وهو مسلم قال ومن شرط لاجنبي فله ان يفسخ وله ان
يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز
الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله
والشرط هو العلم وانما كفى بالحضرة عنده لانه مسلط على الفسخ
من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة وعندهما لا يشترط
رضاه وصار كالوكيل بالبيع وهما انه تصرف في حق الغير
وهو العقد بالرفع ولا يجوز عن المضرة لانه عساه يحتمد
تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة باهلاك
فيما اذا كان الخيار للبايع لانه يطلب لسلعته مشتريا
فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على
علمه فصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا يفعل
بانه مسلط فكيف يفك ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ وهذا
تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة
صاحبه وبلغه في المدة ثم الفسخ لحصول العلم به فلو بلغه بعد مضي
المدة ثم العقد لمضي المدة قبل الفسخ فك وان مات
من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي
رحمه الله يورث عنه لانه حق ثابت في البيع يجري فيه
الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا
مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال
بخلاف خيار العيب لان الموروث استحق المبيع سليما فكذا
الوارث اما نفس الخيار فلا يورث وخيار التعيين يثبت
للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير الا ان يورث الخيار
فك ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فانهما اجاز جاز
وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغير جايز
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان

الخيار من موجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط
الثمر على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق
النيابة عن العاقد فيقدم الخيار اقتضاء ثم يجعل هو نايبا عنه
تصحيحا للتصرف وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايتهما اجاز
جاز وايتهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق
لوجود احد المعنيين فان لا يدري فهو على وجهين ولو خرج الكلامان منهما معا
يعتبر تصرف العاقد في رواية ويتصرف الفسخ في اخرى وجه الاول
ان تصرف العاقد اقوى لان النايب يستفيد الولاية منه ووجه
الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه
الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف
وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستحرج ذلك
فيما اذا باعه الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فعند محمد رحمه الله يعتبر
فيه تصرف الموكل وابو يوسف يجعلهما فك ومن باع عبدين
بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد
وان باع كل واحد منهما بخمسماية على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز
البيع والعلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين
الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن
والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار
لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه
الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في
الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد
للعقد كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين

والرابع ان يعين والا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما الجهالة
المبيع او الجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ
وهو بالخيار ثلاثة ايام وهو جايز وكذلك الثلاثة فان كانت
اربعة ابواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل
لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان
ان شرع الخيار شرع للحاجة الى دفع الغبن لئلا يغتار ما هو ارفق
والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار
من يثوب او اختيار من يثوب لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل
اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة
تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة
لا تفضي الى المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار ولكن
في الاربع لان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة
وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل
يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين
وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا
واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث
عنده وبمدة معلومة ايتهما كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشتري
ثوبين وفي بعضها اشتري احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع
في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول يجوز واستعارة ولو هلك
احدهما لو تعيب لزم المبيع فيه بثمنه وتعين للآخر للامانة لامتناع
الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما

البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو
مات من له الخيار فلورثته ان يردوه احدهما لان الباقي في خيار التعيين
للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط لا
يورث وقد ذكرناه من قبل ولو اشترى دارا على انه بالخيار
فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة
يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك
بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك
من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج
اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة واذا اشترى الرجلان على
انهما بالخيار ورضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية
وجه قولهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط
باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه ولابي حنيفة رحمه الله ان المبيع
خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رد ده احدهما رد ده
عيبا به وفيه الزام ضرر زايد وليس من ضرورة اثبات الخيار

لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ورباع
عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار
شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه
فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه رضي به
دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض
فلا يفسد بعدم العقد بمنزلة الدكورة والانوثة في الحيوان
وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان
الوصف لا يقابله شيء من الثمن لكونه تابعا في العقد على ما
عرف

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جايز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان
شاء رده وقال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول
ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه
ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه
يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشاهد ولذا اذا قال رضيت
ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت
قبله وهو الفسخ لكلمة انه عقد غبن لازم لا مقتضى الحديث و
لان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله
رضيت قبل الرؤية قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة
رحمه الله اولا يقول له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط على
وهذا ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك
الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البايع راضيا بالزوال
وجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه
وروي ان عثمان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله
رضي الله عنهما فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت
ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره
فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضرة
من الصحابة ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله
وما يبطل خيار الشرط من تغييب او تصرف يبطل خيار الرؤية
ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالعتاق والتدبير او تصرفا يوجب
حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية
وبعد الرؤية لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب
حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا
يبطله قبل الرؤية لانه لا يرتفع على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية
لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر

الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجهها اليدين وكفيها فلا
خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره
ويكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء
فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض
بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي ارديء مما
راى فحينئذ يكون له الخيار ولو كان يتفاوت آحاده كالثياب
والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز واللوز والبيض من هذا القبيل
فيما ذكر الكرخي رحمه الله وكان ينبغي ان لا يكون مثل الحنطة والشعير
لكونها متقاربة اذا ثبت هذا نقول النظر الى وجه الصبرة كاف
لانه يعرف به وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر
الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا
كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في
الدواب فتعتبر رؤية المقصود ولا تعتبر رؤية غيرها وشرط بعضهم
رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة
اللحم لا بد من الجس لان المقصود هو اللحم وهو يعرف به وفي شاة
القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك
هو المعرف للمقصود ولو راى صبرة الدقل فلا خيار له ولم يشاهد
بيوتها وكذا اذا راى خارج الدار او راى اشجار البستان من خارج
وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان
جواب الكتاب على وفاق علمائنا في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة
يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت
فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل
كنظر المشتري حتى لا يرده لعيب ولا يلزمه نظر الرسول كنظره
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله ان لم يرده قال معناه
الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع

لما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به
وخيار كيل العيب وخيار الشرط والاسقاط قصدا وصار
كما اذا قبضه مستورا ثم راه بعد ذلك وارادان يسقط
الخيار قصدا وعند ابي حنيفة رحمه الله ان القبض تام وهو ان
يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا
لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل
ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه اسقط
الخيار فكذا الوكيل طلاقا للتوكيل بخلاف ما اذا قبضه
مستورا فقد وجد القبض منه فقد انتهى التوكيل بالناقص
منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك وبخلاف خيار العيب
لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على
الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط
بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا
لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه
تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك التسليم والقبض اذا كان
رسولا في البيع او الشراء وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار
اذا اشترى ما لم يره وقد ذكرناه من قبل ثم يسقط
خيار بحسة المبيع اذا كان يعرف بالحس وبشمه اذا كان
يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير
ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف
يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله
اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت
سقط الخيار لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز
كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة
واجرائي الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال

لان وكيله يقوم مقامه وهذا اشبه بقول ابي
لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا ومن رأى احد العوضين
فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له لئلا يرد هما لان رؤية احدهما لا تكون
رؤية الآخر لتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره وحده بل يردهما
كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع
خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يملك الرد بغير قضاء
ولا رضا ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل
خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط
قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي
رآه فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة
وبفواته يثبت الخيار اذا كان لا يعلم مرئيه لعدم الرضا
به ولئن وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معتبرة
بأوصافه فكأنه لم يره ولئن اختلفا في التغير فالقول للمبايع
لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر اذا بعدت المدة
على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا
اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون
القول له قال ومن اشترى عبدا لذي طمر ولم يره فباع منه
ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب ولذلك جاز
الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق
الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها
بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد
القبض ولئن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة فيما اذا قبض
فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية وكذا اذا كره
شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود
بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار لن شاء
أخذه بجميع الثمن ولن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي
وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به
وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن في متجرد العقد وإنه لم يرض بزواله عن ملكه
باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون
تضرره بالعيب والمراد بما قلنا من المسمى عيب كان عند البائع
فلم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذاك رضا به
قال وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب
لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في
معرفته عرف أهله والإباق والبول في الفراش والسرقة في
الصغير عيب عالم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده
بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم
حدثت في صغره عند المشتري فله ان يرده لانه عين ذلك ولن
حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غير وهذا لان سبب هذه
الاشياء تختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغير لضعف
المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغر لحب
اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن
والمراد من الصغير من لا يعقل فاما الذي لا يعقل فهو صغير لا محالة
فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغير عيب ابدا ومعناه
اذا اجتمع في الصغير في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيرده
الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد
الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله
تعالى قادر على ذلك ولكن كان قلما يتحول فلا بد من المعاودة للرد

والبخر والتفر عيب في الجارية دون الغلام لانه يحل بالمقصود
في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يحل بالمقصود في الغلام
وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان
اتباعه يخل بالخدمة والتفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر
عن صحبة الكافر ولانه يمنع ضرره في بعض الكفارات فيخل بالرغبة
فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب
فلو كان الجارية لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع
الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية
البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك
بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده
هو الصحيح واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب
كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في
الرد إضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا
فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فيتعين الرجوع بالنقصان الا
ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر ومن اشتري
ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد
بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا أقبله كذلك كان
له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي فان باعه المشتري
لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع
حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او
صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه
لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل
بدونها لانه لا منفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة
فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع

للحقه فان باعه المشتري بعد ما راي العيب رجع بالنقصان
لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا المبيع وهذا
هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاط
ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان
التملك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم
اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على
عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع
حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع
بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انما
الملك ان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت فيه
موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء
يتقرر بانتهايه فيجعل كان الملك باقي والرد متعذر والتدبير
والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي
ولو اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس
البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انهاء
وان كان بعوض فان كان ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان قتل المولى
عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه
فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا
وانما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به
عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لامحالة كاعتاق
المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع
وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب
حتى تخرق وجه انه صنع في المبيع ما يقصد به استعماله
فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون
منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا

ومن اشترى بسطا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره
فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال
فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح فشره على ما قيل
لان ماليته باعتبار اللب ولو كان ينتفع به مع فساده لم يرده
لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا
للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر
بتسليطه قلنا ان التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في
ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا
وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل
مما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة ولو كان الفاسد
كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالحر والعبد ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بالعيب
فان قبل بقضاء القاضي باقراره او ببينة او يمينه نفذ له ان يرده
على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه
انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء
بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا
رد عليه بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد
والموجود هنا بيعان فبفسخ الثاني لا ينفسخ الاول فان قيل غير
قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق الثالث ولو كان
فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير ولو رد عليه
بغير قضاء بعيب لم يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وهذا

تبيين الجواب فيما يحدث عنده وفيما لا يحدث سواء
البيوع أن فيما لا يحدث عنده يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع
الأول ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يخبر على دفع الثمن
حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع
الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا
لتعين حقه بأداء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله
يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا للقضاء
فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع
الثمن يعني اذا حلف الآن في الانتظار ضررا بالبائع وليس
كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه
ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري
البينة انه ابق عنده والمراد بالتحليف على العلم يعني عند ان
القول قول البائع لو كان قوله ولكن انكانه انما يعتبر بعد قيام العيب
في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقاما حلف بالله لقد باعه
وسلمه اليه وما ابق عندك قط كذا قال في الكتاب ولو شاء حلفه
بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق
عندك قط امالا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر
للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
الرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأدى له
باليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري
بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق
يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله
لهما ان الدعوى معتبرة حتى تترتب عليه البينة فكذا يترتب التحليف
وله على ما قاله البعض لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس

الا من خصم ولا يعتبر خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين
عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه واذا
كان المدعي في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال ان
الاباق في الصغر لا يوجب الرد بعد البلوغ ومن اشترى جارية
وتقابضا فوجد بها عيبا فقال للبائع بعتك هذه واخرى
معها وقال المشتري بعتنيهما وضرها فالقول قول المشتري لان
الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في
الغصب ولانا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض
لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد
بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما
فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان المقبوض له شبه
بالعقد والتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد في المقبوض عيبا
اختلفوا فيه وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه يرد خاصة والاصح
انه يردهما او يأخذهما لان تمام صفقته تعلق بقبض المبيع
وهو اسم للكل وصار كجنس المبيع لما تعلق به اسقاط الثمن
لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد في احدهما عيبا يرد
خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فيه تفريق الصفقة ولنا
على ضرب من العلاج جرت بضع الجيد الى الردي فاشبه ما
قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا انه تفريق بعد التمام
لان بالقبض تم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط
لانه به على ما مر ولهذا لو سمى احدهما لم يرد الآخر شيئا مما يكال او يوزن فوجد في بعضه عيبا رده كله لا
اجزه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو
كشيء واحد لانه يسمى باسم واحد وهو الكر وقيل هذا اذا كان
كان في وعاء واحد وان كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين

يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو تعيب بعضه فلا
خيار له في رد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا إذا كان
بعد القبض أما إذا كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة
قبل التمام وإن كان ثوبا فله الخيار لأن التشقيص فيه عيب وقد
كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق محلا في الكيل والموزون ومن
اشترى جارية فوجد بها قرحا قد أوالها أو كانت دابة فركبها في حاجته
فهو رضا لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن
ثمة الخيار هناك للاختبار وإنه بالاستعمال فلا يكون الركوب
مسقطا وله أن يركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها
علفا فليس برضا أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد والجواب في
السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدا منه إما لصغرها
أو لعجزه أو لكون العلف في محل واحد أما إذا كان يجد بدا منه
لانعدام ما ذكرناه يكون رضا وله ومن اشترى عبدا فسرق
ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة
رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق وعلى هذا
الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع وله أن القطع بمنزلة الاستحقاق
عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع سبب
القطع والقتل وإنه لا يتنا في الحالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب
فيرجع بنقصان العيب عند تعذر الرد فصار كما إذا اشتري
حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا
والغير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يضاف
إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق وصار كما
إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب
وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري

فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون
رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن ولم يقبله البائع وقد
فبثلثة الأرباع لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين
وفي الجراحات الرجوع فيتنصف ولو تداولته الأيدي ثم قطع
في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق
وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة
العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم
رضا به ولا يفيد على قوله في صحيح لأن العلم بالاستحقاق لا
يمنع الرجوع ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له
أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب بعد دها وقال الشافعي رحمه الله
لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا تصح
هو يقول لأن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول
لا يصح ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان
في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل
في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي
يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيها الحادث وهو قول
زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت وهو أبو يوسف لأن الغرض
إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة
عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا
إذا كان غير مملوك كالحر وقال الشيخ الإمام رحمه الله هذه فصول
جمعها وفيها تفصيل بيناها إن شاء الله تعالى فقول البيع بالميتة
والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال
بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير

فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض
والباطل لاحكم التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة
عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند
البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم
الشراء قيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع
ام الولد والمدبر على ما نذكر ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك
عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله ونذكره ان شاء الله تعالى ولذا بيع الحر
والدم والميتة باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع
الخمر والخنزير لو كان قوبل بالدنانير كالدراهم والدنانير فالبيع باطل
وان كان قوبل بشيء معين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله ولكن لا
يملك عين الخمر والخنزير وجه الفرق وهو ان الخمر مال وكذا الخنزير
مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لان الشرع امر باهانته
وترك اعزازه وية تملكها بالعقد مقصودا او هذا لانه متى
اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها
تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فيسقط التقوم اصلا بخلاف ما
اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب
بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب
لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون
الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه تعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه
مقايضة قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه
باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لكن
الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق بدا على نفسه لانه لا زمنة في حق
المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكا

بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون
المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق
وان مات ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتها وهو رواية عنه لهما انه
مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال ولهذا ان
المدبر وام الولد يحلان بالبيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع
بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حق القبض وهذا
الضمان به وله لان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة
وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس هو لهما
في البيع في حق انفسهما وانما ذكر ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما
فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم
الدخول فيما ضمه اليه كذا هنا قال ولا يجوز بيع السمك
في الماء قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يوخذ
الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه
فيها ولو كان يوخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بنفسها
ولم يشد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا يجوز بيع الطير
في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه
غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام
عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا ولا اللبن في الضرع للغرر
فعساه انتفاخ ولا نزاع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط
المبيع الى غيره ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان
ولانه يتبث من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف الفواكه لانها تزيد
من الاعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين
فيقع النازع في موضع القطع وقد صح انه نهى عليه السلام عن
بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن في ضرع وسمن في لبن وهو محمول

على أبي يوسف رحمه فيما روى عنه أنه جوز بيع الصوف في جذع
في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكرا لأنه لا يمكن تسليمه
إلا بضرر يلحقه فصار كما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في
تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضا ولو قطع
البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا
لزوال المفسد بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ
حيث لا يكون صحيحا لأن شقهما داخل المبيع لأن في وجودهما
راحة للأشجار فصار كالجذع في معين موجود قال
يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا بالذهاب
قال وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله
خرصا لأنه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة والمزابنة ما ذكرنا
والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع
مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين
على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله
يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص
في العرايا وهو أن يبيع خرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا
العرية العطية لغة وتأويله أن بيع المعرى على النخل من المعرى
بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون هبة ابتداء ولا يجوز البيع
بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن
يقول الرجلان على سلعة إن لمستها أو لمستها فذا لمسها المشتري
أو نبذها إليه البائع أو وقع المشتري إذا كان عليهما أو على أحدهما

المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني بيع
المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة
والمنابذة ولأن فيه تعليقا بالخطر والجهالة لأن كل واحد من الثوبين مجهول
ولو قال على أنه بالخيار في أيهما أخذ جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه
بفروعه ولا يجوز بيع المراعي ولا أجارتها والمراد الكلأ أما البيع
فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث وأما الإجارة
فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك
عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب ألبانها لا يجوز فهذا أولى
ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يجوز إذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان منتفع به
حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وأن كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه
من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا
يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل لها فيها
النحل جاز تبعا له كذا ذكره الشيخ الأجل رحمه الله ولا يجوز بيع دود
القز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو
يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده والحمام إذا علم عددها وأمكن
تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق
لنهي النبي عليه السلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه قال
أن يبيعه من رجل زعم أنه عبده لأن المنهي بيع آبق مطلق وهو
أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري
ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع
ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد أنه أمانة
عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد
يصير قابضا لأنه قبض غصب ولو قال هو عبدي فلان
فبعته مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر

على تسليمه ولو باع الآبق لم يتم على الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه
وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله
أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع
قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كالواهب بعد البيع وهذا يروى
عن محمد ولا يبيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لأنه
مشروب طاهر ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون
عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة إذا يجوز إيراد العقد على نفسها
فكذا على جزوها ولنا أن الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه
لأنه يختص بمحل القوة التي هي صفة وهو الحي ولا حياة في اللبن فلا يجوز
ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ويجوز الانتفاع
به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل
فلا حظروا إلى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف رحمه الله
محمد لا يفسده لأن الطلاق الانتفاع به يدل على طهارته وأبي يوسف رحمه الله
لأن الطلاق للضرورة فلا تظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
تغايرها ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا ينتفع بها لأن الآدمي مكرم
مبتذل فلا يجوز لئلا يكون من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام
لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وإنما يرخص فيما يتخذ من
الوبر فيزيد في قرون النساء وذوابهن ولا بيع جلود الميتة قبل
أن تدبغ لأنه غير منتفع به وقال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب
وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع
بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا
بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها و
الانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لانحلالها بالموت لعدم الحيوة وقد ذكر
من قبل والفيل عند محمد رحمه الله كالخنزير نجس العين وعندهما بمنزلة

السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال وإذا كان السفل
لرجل وعلو لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب
العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن
إحرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه
تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار
مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه حظ من الماء وكذا يضمن بالتلف
وله قسط من الثمن على ما ذكرنا في كتاب الشرب وبيع الطريق
وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة تحتمل وجهين
بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل
فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسئلتين أن الطريق معلوم
لأن له طولا وعرضا معلوما أما المسيل مجهول لأنه لا يدري قدر
ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان
ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور
معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح
فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول للجهالة محله ووجه الفرق
بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق
بعين لا يبقى وهو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين
يبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان ومن باع جارية فإذا هو غلام
فلا بيع بينهما خلافا لأبي يوسف إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع
فيتخير والفرق يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في كتاب النكاح لمحمد رحمه الله
وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق
العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه
وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا
على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والأنثى من بني آدم
جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب

فيه وهو المشتري هذا دون الأصل كالخل والدبس حنسان والوذاري
والزنديجي على ما قالوا حنسان مع اتحاد اصلها ومن اشترى جارية بالف
درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البايع بخمس مائة قبل ان ينقد الثمن
الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم
فيها بالقبض فصار البيع من البايع ومن غيره سواء وصار كالرباع بمثل
الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عايشة رضي الله عنها
لتلك المراة وقد باعت بستمائة بعدما اشترته بثمان مائة بئسما شريت
واشتريت ابلغي زيدبن ارقم ان الله تعالى ابطل حجته وجهاده مع رسول
الله عليه السلام ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل
اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض
بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة
جارية بخمسمائة ثم باعها ولم يرها من البايع قبل ان ينقد الثمن
بخمسمائة فالبيع جايز في التي لم يشترها من البايع وبطل في الاخرى
لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا
الاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها
ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار
شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن عليهما او المقاصة
فلا يسري الى غيرها ومن اشترى ثيابا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه
بمكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه
بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه
ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البايع بل ازنه
الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر
اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان
او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن وهو في الحقيقة اختلاف في الثمن
فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا

بيع خمر له او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم
وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع الصيد وجه ان
الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل يتنقل اليه فصار
كانه باشره بنفسه فلا يجزيه ولابي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل
باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر امر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام
كما اذا وهبها ثم ان كان خمرا اخللها وان كان خنزيرا يسيبه ومن باع
عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها
فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة
المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري
لا يفسد العقود لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده
كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عادية عن
العوض فيودي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيجري العقد
عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو
كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر
المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه ان عدمت المطالبة
فلا يودي الى الربوا ولا يودي الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه
هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير
لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي
رحمه الله وان كان يحيل الفناء العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة
عليه ما ذكرنا وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشرط
فيه فلو اعتق المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب
عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة
لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا كما اذا تلف بوجه ما ولابي حنيفة
رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه ولكن

من حيث حكمه فيلازمه لأنه منتهى الملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع
العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملازمة
فيتقرر الفساد وإذا وجد العتق تحققت الملازمة فيرجح جانب الجواز فكان
الحال قبل ذلك موقوفا وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو
دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له
هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وروى أنه
عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها
شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ولو كان لا يقابلها شيء يكون إعارة في بيع
وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة ومن باع عينا على أن لا
يسلمها إلى رأس الشهر فالبيع فاسد لأن الأجل في المبيع العين يلاقيه
فيكون شرطا فاسدا وهذا لأن الأجل شرع ترفيها فيلتحق بالديون دون
الأعيان ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع ولا حمل لها لا يصح
إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل
وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لا تعالجه بقطعه وبيع الأصل يتناول
فلا استثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع
يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع إنها تبطل بالشروط
الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منه
والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل
باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط
الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل
ميراثا والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري
فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى حدمتها لأن الميراث لا يجري فيها
ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع
فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وإنه
يصير صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو يشركه

فالبيع فاسد قال شيخ الإسلام رحمه الله ما ذكر جواب القياس ووجهه ما بينا
وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس فيه فصار كصبغ الثوب والتعامل
جوزنا الاستصناع قال والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم
النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة
الأجل وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لاختلافهما على المماكسة
إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهالة
ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج وكذا إلى الحصاد والدياس والقطاف
والجذاذ لأنها تتقدم وتتأخر ولو وكل إلى هذه الأوقات جاز لأن
الجهالة اليسيرة متحملة في المقالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة
لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فيها ولأنه معلوم
الأصل لأنه يرى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب
على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن
فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات
حيث جاز لأن هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة
الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشرط
الفاسد ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن
يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا
وقال زفر رحمه الله لا يجوز لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار
كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل ولنا أن الفساد للمنازعة وقد
ارتفعت قبل تقررها وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد
فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع بالدرهمين ثم أسقط الدرهم
الزائد لأن الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه
متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب تراضيا خرج
وفاقا لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه حال صار حقه ومن جمع

بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله

وقالا إن سمى لكل واحد ثمنا جاز في العبد وإن جمع بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلثة وعنه

أنه رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الأول إذ محليته البيع منتفية

بالإضافة إلى الكل ودليلها أن الفساد يقدد المفسد فلا يتعدى إلى القن

كمن جمع بين أجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد

لأنه مجهول على ما سنذكره إن شاء الله وهو الفرق بين الفصلين لنا الحر لا يدخل

تحت العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان

القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف

النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة أما البيع فيبطل وهو الأصح وقد

وقد حلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينعقد في عبد الغير

بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي

وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن المالك

باستحقاقه البيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان

هذا شائعا في البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض

وهذا لا يكون شرطا لقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء أو

لهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد

عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي

رحمه الله لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا تنال به نعمة الملك

ولأن النهي شرع للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار

كما إذا باع بالميتة أو باع بالدراهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله

مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده ولانعدام في الأهلية والمحلية

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية

عنه لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وإنما

المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وإنما لا يثبت الملك قبل القبض

كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد الجاور وإذا هو واجب الرفع بالاسترداد

فيمتنع عن المطالبة أولى ولأن السبب قد ضعف لكان إقترانه

بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في فاسدة لكي تنزل منزلة الهبة والميتة

ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثليا فقد رجعا وشيء آخر وهو

أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرطا أن

يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر إلا أنه يكتفى به دلالة

كما إذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لأن البيع

تسليط منه على القبض فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم

ينهه كان بمنزلة التسليط السابق وكذا القبض في مجلس العقد

يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضا كل واحد منهما

مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه

البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله

لزمته قيمته في ذوات القيم فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل لأنه

مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لأن المثل صورة

ومعنى أعدل من المثل معنى والكل واجب رد المتعاقدين فسخه رفعا

للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ

امتناعا منه وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد وهو

لقوته ولو كان الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون

من عليه لقوة العقد لأنه لم يتحقق الرضاء في حق من له فإن باعه

المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد

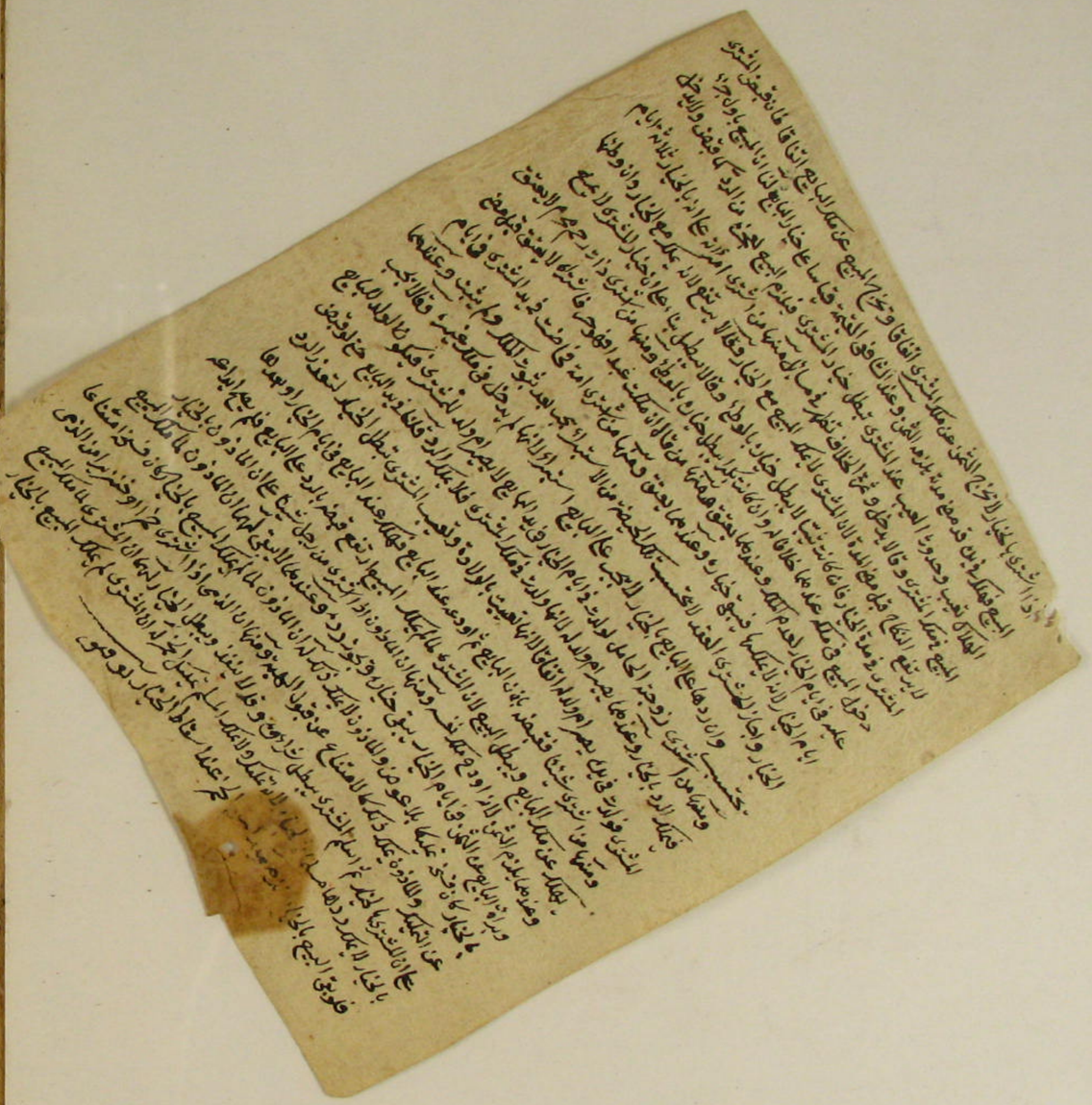
لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق

العبد مقدم لحاجته ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه

والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف

وكذا إذا حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار
المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية
وكذا إذا حصل بتسليط من الشفيع ومن اشترى عبدا خمرا أو خنزيرا فقبضه
وأعتقه أو باعه أو وهبه فهو جائز وعليه قيمته لما ذكرنا أنه
ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة
وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن
نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار
ودفع الفساد عزم وتنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا
وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن
لأن المبيع مقابل فيصير محبوسا به كالرهن وإن مات البائع
فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يتقدم عليه في حياته
فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالمرتهن ثم إذا كانت دراهم
الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو
الأصح لأنه بمنزلة الغصب فإذا كانت مستهلكة أخذ مثلها لما
بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه
قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب رحمه الله عنه في الجامع الصغير
ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء ويرد الدار
والفرع على هذا الخلاف لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع
حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع
ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأولاهما أولى ولأبي حنيفة رحمه الله
أن البناء والغرس مما يقصد بهما الدوام وقد حصل بتسليط من جهة
البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم
يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل حق الشفيع ببيعة المشتري
وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة

رحمه الله وقد نص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبني على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وطاب
للبايع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فتعلقت العقد
بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا تتعين في العقود
فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق
وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعندابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين
حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع
او تقدير الثمن وعند فساد الملك يتقلب الحقيقة شبهة والشبهة
تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون الناذل عنها وكذلك
اذا ادعى على الغير مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء
وربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك
هنا ان الدين يجب بالتسمية ثم تستحق بالقبض وبدل المستحق
مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين **فصل فيما يكره** قال ونهى
رسول الله عليه السلام عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد
الشراء ليرغب غيره وقال عليه السلام لا تناجشوا وعن السوم على
سوم غيره وقال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضيا
المتعاقدان على مبلغ من الثمن في المساومة فاذا لم يتراكنا الى الآخر
فهو يبيع من يريد ولا بأس به على ما ذكرنا وما ذكره محمد النهي في النكاح
ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فاذا
كان لا يضر فلا بأس به الا اذا التبس السعر على الواردين فحينئذ
يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي
فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد



في محيط وعوذ وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من
الإضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لعدم الضرر ويكره البيع عند
أذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ثم فيه إخلال بواجب السعي على
بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة وكل ذلك مع
هذا البيوع يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لأن الفساد معنى خارج
زايد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس ببيع من
يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا
وحلسا ببيع من يزيد ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوح
منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين أو أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم
يفرق بينهما وكذلك إذا كان أحدهما كبيرا والأصل فيه قوله عليه السلام
من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين أحبته يوم
القيامة ووهب النبي عليه السلام لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين
ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك ويروى
أردد أردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير
يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد
وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول
بالقرابة المحرمة حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم
ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد
بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا
حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما
ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه
بالدين ورده بالعيب لأن المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا
الإضرار به قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد وعند أبي يوسف
رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في
جميع ذلك لما روينا فان الأمر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد

ومعناه أن ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة بمعنى مجاور
فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه
ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أن النبي عليه السلام فرق بين
مارية وسيرين وكانتا أختين

باب الإقالة

الإقالة وهي جايزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله عليه السلام
من أقال نادما بيعته أقال الله تعالى عثرته يوم القيامة ولأن
العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط الأكثر منه أو أقل
فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول والأصل في الإقالة أنها فسخ في حق
المتعاقدين بيع جديد في غيرهما الا أن لا يمكن جعله فسخا فيبطل
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع الا لم يكن
جعله بيعا فيجعل فسخا الا أن لا يمكن فيبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ
الا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا أن لا يمكن فيبطل محمد رحمه
أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثرتي فيؤمر عليه
قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا يرى أنه بيع
في حق ثالث وأبي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي
وهذا هو حد البيع وبهذا تبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب عند البيع
وتثبت بها الشفعة وهذه أحكام البيع وأبي حنيفة رحمه الله أن
اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والأصل اعمال الألفاظ في
مقتضياتها الحقيقية ولا تحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر
لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان ولكونه بيعا في
حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا يقتضي الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول
اذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة
اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا

وأما إذا لم يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الإقالة بالأقل مما بينا
أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل إن
الحط يجعل أداء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة تكون
بيعا ممكن فاذا كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الأقل
عند أبي يوسف رحمه الله أنه هو الأصل عنده وعند محمد رحمه الله هو
فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكت
عن الكل وإقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما اذا زاد وإذا
دخله عيب هو فسخ بالأقل مما بينا ولو أقال بغير جنس الثمن
الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية
لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيع ولدا لم تقابلا
فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون
بيعا والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وكذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر
البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لإمكان البيع فان بيع العقار
قبل القبض جائز عنده والهلاك الثمن لا يمنع صحة
الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها لأن رفع البيع يستدعي قيامه
وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت
الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولتقايضا يجوز الإقالة بعد هلاك
أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد من العينين مبيع
فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع
زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من
غير زيادة والبيعان جائز لارتجاع شرائط الجواز والحاجة ماسة
الى هذا النوع من البيع لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج
إلى من يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى

بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما وهذا كان بناؤها على الأمانة وهو
عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح أن النبي عليه السلام لما أراد الهجرة ابتاع ابن بكر
رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولي أحدهما فقال هو لك
بغير شيء فقال أما بغير ثمن فلا ولا يصح المرابحة والتولية حتى يكون
العوض مما له مثل لأنه اذا لم يكن له مثل لو ملكه بالقيمة وفي
مجهولة ولو كان المشتري مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه
بربح درهم أو شيء من المكيل هو صوف جاز لأنه يقدر على الوفاء بالتزام
وان باعه بربح دينار لا يجوز لأنه باعه برأس المال وبعض
قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال قال ويجوز أن يضيف
الى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والقتل وأجرة
حمل الطعام لأن العرف جاري بالحاق هذه الأشياء برأس المال
في عرف عامة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا
هو الأصل وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في
العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان
ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لأنه يكون كاذبا وسوف
الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجر الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد
في العين والمغنم وخلاف أجر التعليم لأن ثبوت الزيادة بمعنى فيه وهو
حذاقته قال فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار
عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع
على خيانة في التولية استطاع من الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله يحط
فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد رحمه الله ان الاعتبار للتسمية
لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا
مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولأبي يوسف رحمه الله
ان الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن
الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول اذا كان ذلك معلوما فلا

بدل من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية من
الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح وعلى هذا عند ابي حنيفة رحمه الله
انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير
التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة ولكن كان
يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل
ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات
الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط
بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما
يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه
فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق
الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة
على الثمن الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر
ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو
اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة
في كلا الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد مسقط للاحكام
عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة
رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة بتأكد به بعد ما كان
عليه شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في باب المرابحة
احتياطا ولهذا لم يجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير
كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل
ثالث لان التأكد بغير حاصل قال واذا اشترى العبد الماذون
له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك لو كان المولى اشتراه فباعه
من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجواز وقوع المنافي فاعتبر عدما
في حكم المرابحة ويبقى الاحتباد للاول فبصير كأن العبد اشتراه للمولى

باعه بعشرين مرابحة

للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني
فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضاربة عشرة دراهم
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر
فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى
بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه يشتري ماله بماله
لما فيه من استيفاء ولاية التصرف وهو مقصود ولا نعفل يتبع
الفائدة ففيه شبهة العدم لانه يرى انه وكيل عنه في البيع الاول
من وجه فاعتبر البيع الثاني عرضا في حق نصف الربح قال
ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة
ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط
شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا
لم ينقصها الوطء وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا
يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله
ولنا اذا افقأ عينها بنفسه او قطعها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها
مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من
الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها
الثمن وقد حبسها قال ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فاره او
حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو نكسر بنشر او وطئه لا
يبيعه مرابحة حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى
غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري
فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل يشبه بالمبيع الا انه يزاد في الثمن
لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى
ثوبين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب

السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب ولو استهلكه
ثم علم لزمه بالقيمة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال
فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها
في المرابحة لانه بناه على الثمن الاول ولو كان استهلكه ثم علم لزمه
بالحصة على ما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد
كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد
الافتراق وسياتيك من بعد لو شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن
حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في
العقد ولكنه نجم نجما بعد فعل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط
وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن وكل رجلا ببيع شيء
بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة
الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء
ترك لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء
العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد
تقرر فلا يقبل الاصلاح نظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس
وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار
الرؤية **فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز
له ان يبيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض
ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع
العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول
وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه
لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساح

العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا
الخلاف قال ومن اشترى كيلا بكيل او موزونا بوزن
فكاله او وزنه ثم باعه كيلا او موزونا لم يجز للمشتري منه ان
يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل او الوزن لان النبي عليه السلام
نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع
المشتري ولانه يحتمل الزيادة على المشروط وذلك للبائع والتصرف
في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة
له وبخلاف ما اذا باع الثوب ذراعا لان الزيادة له اذ الذرع
وصف في الثوب بخلاف العدد ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع
ولو كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط
ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لانه
به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد
البيع بحضرة المشتري **فصل** لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر
صاعين والاصح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد
وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بينتهما
في باب السلم قال ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما
يروى عنهما لانه ليس فيهما الا الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة
لانه لا يحل له الزيادة على المشروط والتصرف في الثمن قبل القبض جائز
لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم
تعينها بالتعيين بخلاف المبيع ويجوز للمشتري لزيد البائع في الثمن
ويجوز للبائع لزيد في المبيع ويجوز لزيد حط عن الثمن ويتعلق
الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد
عندهما وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق

بناء على اعتبار ابتداء الصلة لها انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه
عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل
المبيع فلا يمكن اخراجه فصار مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران
العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا
او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما
اذا استوط الخيار او شرطا بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد
لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لا صلاة
تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا
عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل
في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط
واما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه
الثابت فلا يمكنهم ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية
لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند
محلا والحط لانه بحال حين اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد
استنادا واما ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار
مؤجلا لان الشرع حرمه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا يرى انه
يملك ابراءه مطلقا فلذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة
متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز ولو كانت متقاربة كالحصاد والدياس
يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل وكل دين حال اذا اجله
صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح
لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملك الرجوع
يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء

وعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع
وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة
وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ليقرض من ماله الف درهم فلان
الى سنة حيث يلزم من ثلثه ليقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه
وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا لله

باب الربوا

مال الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل
مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع
الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه
السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد
الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب و
الفضة على هذا المثال ويروي بروايتين بالرفع مثل وبالنصب
مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم
معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند
الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية
شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عندنا نص على
شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط
شهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو
الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح
بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا وقد يرد الحكم مع الشرط
دلنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه
تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة
لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم

يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة
والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر التفضل
على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد
المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر
الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب
البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم
والثمنية مراعى عظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق
بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التصفية فيه فلا
معتبر لما ذكروه اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون
بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة
في المعيار الذي جاء النص على كونه قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي
الذهب بالذهب وزنا بوزن ولو تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا
ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لما ذكرنا
التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة
بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل
ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله
العلة هو الطعم ولا مخلص فيه وهو المساواة فيحرم ما حدث
نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع ما دونه ولو
تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص
والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز
لعدم الطعم والثمنية واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى
المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل
فيه الاباحة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل لبس هروي
بهروي او حنطة في شعير فحرمة الربوا الفضل بالوصفين وحرمة
النساء باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء
لان بالنقدية وعدمها لا تثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل
غير مانع فيه حتى جوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه
مال الربوا من وجه نظرا الى القدر والجنس والنقدية او حبت
فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا
اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما
لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مما
يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو مما لا يتعين
بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها
قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه
صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتمكن الشبهة
فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة مال وكل شيء نص
رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا وهو مكيل ابدا ولم
يترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر وكل ما نص
على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة
لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص
عليه فهو محمول على عادات الناس لانه دلالة وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص
على ذلك لكان العلة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى
هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه مما لا
كيلا لا يجوز عندهما ولم تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو

المعيار فيه كالذراع بخلاف الثوب إلا أنه يجوز السلم في الحنطة ونحوها وزنا
لوجود السلم في معلوم وكل ما ينسب إلى الرطل فهو موزون معناه
ما يباع بالأواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحسب ما يباع
بها وزنا بخلاف سائر المكاييل وإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا
يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة
قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر قبض عوضيه
في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا
بيد وسنذكر الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى وما سواهما مما
فيه الربوا لم يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي
رحمه الله في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد
ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت
شبهة الربوا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب
وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب
ذلك على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ومعنى
قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت
وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد
والمؤجل ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين
والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع
الفلس بالفلسين بأعيانهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأن الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا
تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثمانا لا تتعين فصار كما إذا
كانا بغير أعيانهما وبيع الدرهم بالدرهمين ولها أن الثمنية

في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العدد إذ هو في نقضه في حق العدد فسد العقد فصار كالجوزة والجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما لأنه كالي بكالي وقد نهى عنه وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لأن الجانسة باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيها الكيل لكن الكيل غير مستو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل أجزاء الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا ولا متساويا لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالحنطة ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما لقيام الجانسة من وجه وعندهما يجوز لأنهما جنسان لاختلاف المقصود فإن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وله بقاء في بعض الأوقات كالمقلية مع غير المقلية والعلة المسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرد أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والبيع بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم وصار كالحمل بالسمسم ولها أنه باع الموزون بما ليس بموزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخف نفسه مرة ويثقل أخرى بخلاف

ذلك لمسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا امتزج بينه وبين التجير ويوزن
التجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال
عليه السلام اذا وله ان الرطب تمر لما روى لنر النبي عليه السلام حين اهدى
رطبا فقال اوكل تمر خيبر هكذا وسماه تمرا وبيع التمر بمثله جايز لما روينا
ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث ولو كان غير تمر فباخره وهو قوله
عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومد لنر مارويناه على زيد بن
عياش وهو ضعيف عند النقلة قال وكذلك العنب بالزبيب
يعني على الخلاف والوجه ما بينا وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة
المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز مثلا بمثل كيلا عندنا لانه بيع
التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة مثلا بها وايا ما كان
او التمر والزبيب المنتفع بالمنتفع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في احد الاحوال
وهو المال وابو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله
عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما
روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب
بالرطب لنر التفاوت فيها يظهر مع بقاء الدليل على الاسم الذي عقد
عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين
المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان
البسر تمر بخلاف الكفري حيث يجوز بيع ما شاء من التمر اثنان بواحد
لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورته لا قبله والكفري
عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز لحديث ربا قال ولا يجوز
بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت

والشيرج اكثر تماثل الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة
بالتجير لان عند ذلك لا يجري عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا
لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالتجير وبعض الدهن او التجير
وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه
كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه
على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بحبه والكرباس بالقطن يجوز
كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض
متفاضلا ومراده لحم البقر والابل والغنم واما البقر والجواميس
جنس وكذا المعز مع الضان وكذا العرابي مع البخاتي قال وكذلك
الباذ البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لا تحل
المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالاخر
في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة وكذا اذا خلل الدقل
بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيرا
جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد
وكذا شحم البطن بالاليه او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا ويجوز بيع الخبز بالحنطة
والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج ان يكون
مكيلا من كل وجه والحنطة مكيل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير
فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة
نسيئة جاز ايضا ولو كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه
الفتوى وكذا السلم في الخبز جايز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا
او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله انه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور و
التقدم والتاخر وعند محمد رحمه الله يجوز بها للتعامل وعند ابي يوسف رحمه الله

يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين المولى
وعبده لان العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان
ماذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس
بملك المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالمكاتب
فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في
دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستامن
منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب
ولان مالهم مباح في دارهم فبأي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا
اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

قال ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل
حق هو له او مرافقه او بكل قليل وكثير هو له فيه او منه ومن اشترى
بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا دخل فيه
العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم
العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه
فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون
تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت
لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل
الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه
بالبيت لا يدخل بدونه وفي عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل
مسكن بيت يسمى خانة ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل
الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان متصلا بالدار

ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشترط
بكل حق هو له او مرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل
لانها من حاجز الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف
الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري
الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة
منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه
وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله اعلم

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها
وولدها وان اقر بها الرجل لم يتبعها ولدها وجه الفرق ان البينة
حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد
كان متصلا بها فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في
المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال
فلا يكون الولد له ثم قد يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقد
يشترط القضاء بالولد والية تشير المسائل فان القاضي اذا لم
يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد
اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى
عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشتريتني فاني عبد فان
كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على
البائع وان قهرهن عبدا مقرا بالعبودية فوجد حرا لم يرجع عليه
على كل حال وعند ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما ان الرجوع
بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا اخبارا كاذبا فصار

كما اذا قال لاجنبي ذك او قال لمرتهن فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولها
أن المشتري شرع في الشرى معتمدا على أمره واقراره أني عبد اذ القول
قوله في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشرا ضامنا للثمن له عند تعذر
رجوعه على البايع دفعا للغرر والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف
كمانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر ضمانا للسلامة كما
هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء
عين حقه حتى يجوز الرهن بيد المسلم فيه مع حرمة الاستبدال
فلا يجعل الامر ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يغبا بقوله فيه
فلا يثبت الغرور وبخلاف نظير مسئلتنا قول المولى لعبده هذا فاني
قد اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه
بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله
الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقد
فان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده
لتضمنه تحريم فرج الامة وفعل هو شرط لكن التناقض غير مانع لحقا
العلوق ولئن كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع الاستبداد
المولى به وصار كالمختلعة يقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل
الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال
ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم
فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان المدعى لم يقبل دعواه
في هذا الباقي ولئن ادعاه كله فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء
رجع بحسابه لتعذر التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات
سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز
لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة **فصل في مع**

الفضولي ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء
فسخ وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لها
بالملك وباذن المالك وقد فقدا ولنا انعقاده بالقدرة الشرعية
ولنا انه تصرف تملك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول
بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة
طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن
الالغاء وفيه نفع المشتري فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه
الوجوه كيف والاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف
النافع قال والاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان
بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام
العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له في
يد امانة بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة
والفضولي لم يسلم قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف
الفضولي في النكاح لانه مقصور محض هذا اذا كان الثمن دينا
فان كان عرضا معينا انما يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا بيقين
ثم الاجازة اجازة بقدر الاجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا
للفضولي وعليه مثل المبيع ان مثليا او قيمته لانه شراء موجبه
والشراء لا يتوقف ولو هلك المالك لا ينقد باجازة الورثة في
الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة
غيره ولو اجاز المالك في حال حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع
في قول ابي يوسف رحمه الله اولا وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه
ثم رجع ابو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة
لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال

ومن غصب عبدا واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز
استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه
لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف
لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه
دون وجه والمعتبر للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح
ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولان يعتق المشتري والخيار
للبايع ثم يجيز البايع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما
نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى ينفذ من الغاصب اذا ادى الضمان
وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان
ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك وقد
ضرر فيه على ما مر فيتوقف اعتاقه عتاقا مرتبا عليه وينفذ بنفاذه ويصادف
كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عند امام التركة وهي
مستغرقة بالدين يصح وينفذ اذا قضى الدين بخلاف
اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وكذا
ما اذا كان في البيع خيار للبايع لانه ليس بمطلق وقرار الشرط به يمنع
انعقاده في حق الحكم اصلا ومحلا فالمشتري من الغاصب اذا باع لانه
بالاجازة تثبت للبايع ملك باتا فاذا طرأ على ملك موقوف ابطله
واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره
هلال رحمه الله وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد واخذ ارشها
ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين
ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك
من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وهذا الارش
ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد
المشتري

على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه اوقيم
شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى
البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا وان فيه غرر الانفساخ على
اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به خلافا لاعتاق
عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات
في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا لان الاجازة من شرطها قيام
المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل
للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند
القتل ملكا يقابل البدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك
المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه
قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على
اقرار البايع او ورثة العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم يقبل بينته
للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته و
البينة مبنية على صحة الدعوى ولان اقرار البايع بذلك عند القاضي
يبطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار
فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب
المشتري قال الشيخ الامام السرخسي رحمه الله وذكر في كتاب الزيادات ان المشتري اذا صدق
مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البايع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد
في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق
وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال
ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البايع عند ابي
حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف اولا وكان يقول اولا يضمن البايع وهو قول محمد
رحمه الله

وهي مسئلة غصب العقار وسنذكرها في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم الآية وبالسنة وهي ما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص السلم والقياس ولو كان ربا لكنا تركناه بما روينا ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنها أثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا فلا يصح السلم فيها ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين تحسينا للمكان والعبرة في العقود للمعاني والأول أصح لأن التصحيح إنما يجعل محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن فالـ ولنا المذروعات أنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لأن العبد في المتفاوت معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت كخلاف الرمان والبطيخ لأنه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا ويتفاوت آحاده في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لأنه عددي وليس بمكيل وعنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت ولنا أن المقدر لمرة يعرف بالعد ومرة بالكيل وإنما

صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنها أثمان وفيها أن التسمية في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما ولا يعود وقد ذكرناه من قبل فالـ ولا يجوز السلم في الحيوان وعند الشافعي رحمه الله يجوز لأنه يصير معلوما

بيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذكر ما يصير به فاشبه الثياب ولنا أن بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة بخلاف الثياب لأنه مضبوط الوصف يعرف العبد بالوصف والصانع بالحذق في الصنعة وهذا من العبد تصنع بالآلة ومن الحداد بالآلة والصانع مجتهد فيصير مضبوطا على وجه لا تظير له وهذا لأن من يتعاطى الصنعة لا يكاد يتفاوت في صنعة العباد تفاوتا فاحشا لأنه يتعاطى ما يحسنه ويتقنه فيصير مضبوطا بوصفه وإن لم يضبط بوصف كالثوب فقليل التفاوت لا يعتبر كما في الثياب ولا يجوز السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع للتفاوت فيها إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت إلا إذا عرف ذلك بأن بين طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع حينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت فالـ ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز والأصل فيه رحمه الله يجوز إذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار لتأخر فسخ السلم وإن شاء انتظر وجوده لأن السلم فسخ والفسخ الطارئ على شرف الزوال فصار كالباقي للمبيع قبل القبض فالـ

ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر
مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم
فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في جنس
وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو
كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا
وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا
للسلم عنده ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون
مضبوط الوصف وكذا يخص بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري
فيه ربوا الفضل كالاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصفه وضع منه
ولابي حنيفة رحمه الله انه مجهول للتفاوت في قلته العظم وكثرته او في سمنه
وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة
وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين
بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة
وان القصب يعاين فيصير في معنى المقبوض به في وقته اما الوصف
فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله الحاضر والناجز
يجوز لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل
معلوم فما دونا وما فوقا شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا يثبت لانه بمثابة صوم
من لا جل لا يقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم
لم يوجد المرخص فبقي على النافي ولا يجوز الا باجل معلوم لما دونا وفوقا
لجهالة فيه تفضي الى المنازعة ذا في السبع والرجل اذناه شهر وقيل ثلاثة
ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح قال ولا يجوز السلم بمكيال
رجل بعينه ولا باذاع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقدار ما انه يتفاوت فيه

التسليم فربما يضيع فيودي الى المنازعة وقد ترخص قبل ولا بد ان يكون المكيال
مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكيل كالزنبيل والجراب
لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رح قال ولا في طعام قرية
بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار رحمه حيث قال
ارايت لو اذهب الله الثمر ليستحل احدكم مال اخيه قال ولو كانت النسبة الى قرية لبيان
الصفة لا باس به على ما قالوا كالحنطة التي بخارا والبساتين بغوطة دمشق قال ولا يصح السلم عند ابي
رح الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية
وصفة معلومة كقولنا جيدا او ردي قال ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف
او كذا وزنا واصل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه فيه ما بيناه ومعرفة مقدار
راس المال اذا كان المعقد يتعلق على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان
الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى التسمية راس المال اذا كان معينا ولا
الحكم ان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهما يان مستلزمان كما مر في الاولى ان المقصود يحصل
بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة كالثوب ولانه ربما يوجد بعضها رخيصا ولا يستبدل في
فلو لم يعلم قدره ولا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال
والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع
وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في حنطة ولم يبين لها مقدارا حدهما
ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان
آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الايام وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة
ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة
فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة
وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عندهما يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على
لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف في الثمن والاجرة والقسمة وصورتها
اذا اقتسما دارا وجعلا مصب احدهما شياله حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح

انه يشترط اذا كان موضعا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان
تسليم الدابة للايفاء وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف
قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رض وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات
يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين
لانه لا يفيد التعيين
لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة
فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن
دين بدين وقد نهى النبي عم عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام
والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس
المال ليتقلب المسلم اليه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما
او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية
لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق
ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رح وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام
رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله
فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة
الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد
لان طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق
لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان
لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض
اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة ولا التولية في المسلم فيه قبل قبضه لانه تصرف فيه
فان تقايلا في السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عم لا تأخذ
الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا
لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال

بيعا

[illegible]

مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه
وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى
المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه
له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد
من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث
على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان
العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع
بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا
ينعقد بلفظة الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع صفقتان ومن
اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب
لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه
في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر فيه وقد جعل ملك نفسه
فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه
لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لان الامر
قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان
الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان
يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر
الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه
في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر
البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا يصير الغرائر في
يده وكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع
البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع العين والدين
والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين

لاربعين قفيزا او قيل
الشامية ستون قفيزا والقفيز ثمانية
مكاكيك والمكوك صاع
ونصف صاع ٤

محصولها [illegible] الى [illegible]
الدين الذي [illegible]
كما لا [illegible]

فلا تصاله بملكه وبمثله يصير قابضا لمن استقرض خنطة وامره ان يزرعها
في ارضه ولكن دفع الحصايخ خاتما فامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدأ
لم يصر قابضا اما الدين فلعدم الصحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم
وصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من
جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما بالخيار ان شاء نقض البيع وان
شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ومن اسلم جارية في كر خنطة
وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا
بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه
وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء
اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية
تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بالفتح تقايلا
فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان
المعقود عليه في البيع انما هو الجارية ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة
ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف المقايضة حيث تصح الاقالة
ويبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه في وجه ومن اسلم الى
رجل دراهم في كر خنطة فقال المسلم اليه شرطت لك ردينا وقال رب السلم لم تشترط
شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم مدعي فساد العقد لانكاره الصحة لان المسلم فيه
يربو على رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عندهما
لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندها القول قول المسلم اليه لانه منكر
وان انكار الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل
وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه معترف في انكاره
حقاله وصو الاجل والفساد بعدم الاجل غير متيقن لامكان الاجتهاد فلا يختار النفع
في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه منكر

حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف
الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه منكر
استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد
اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف المسئلة المضاربة لانه ليس يلزم
فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم لازم فصار الاصل ان من خرج
كلامه تضمنا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول
لصاحبه بالاتفاق لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة وجوز السلم في الثياب اذا
بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير
لابد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه فلابد من بيانه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز
لان آحاده متفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم
بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا
سمى الملبن وقال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى
المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين ونحو ذلك اذا كان يعرف باسماء شرائط
السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير
اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح
انه يجوز بيع الاعدة والمعدوم قد يتبع موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى
لو جاء به مصنوعا لا من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه
الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله صو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء
اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط
وهو الاصح وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر
وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما
المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله قال
ولا يجوز في الاتعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل هو جائز سلما عند ابي حنيفة رح خلافا

انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل
انما يجوز يصير سلما عند ابي ح رح خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما
ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه
لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع
لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى **مسائل منثورة** **قال** ويجوز بيع
الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز بيع
الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عم ان من السحت مهر البغي
وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عم
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف
الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة
العين ولو سلم فيحرم التناول والاكل دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عم ان الذي حرم
شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه **قال** واهل الذمة في البياعات
كالمسلمين لقوله عم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون
كالمسلمين الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد
المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها
وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى
الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على
الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه تغيير
للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري
بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها
المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل من الثمن لم يوجد شرطها فلم يصح
قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية
وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله

بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي
الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا
بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات
والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض
لان حقه لم يبق متعلقا بالعبد ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري
لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين
وغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر
الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم
يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى
دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه
ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع
الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر
يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه
الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه
قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان
لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة
مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى بالف من الذهب والفضة
يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف
اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما ومن له على
آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت
فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه
ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته

من المشتري

لانه صار دينا في ذمة المشتري

اي كل عشرة من الدراهم سبعة مثاقيل

بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب
المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز
الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة فلا يمكن
تدارکها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه اجحاف
له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن
اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكسر فيها ظبي لانه مباح سبقت
يد اليه ولانه صيد ولو كان يوخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذ وكذا
البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وعاب
ارض لم يعد لرضه لذلك فصاد لنصب شبكة للجفاف وكذا اذا دخل
الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او
كان مستعدا له كالجفاف واذا غسل المحل في ارضه لانه عدم انزاله
فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان
الماء والله اعلم بالصواب

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد
من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه مزيد
الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة
اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه
سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا
بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل ولنا اختلفت في الجودة والصياغة لقوله
عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا
الحديث وقال اجيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال
ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان
استنظرك ان يدخل بيتك فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما لئلا

يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا خلافا لما إذا باعه بجنسه مجازفة
فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية فبنتها الذ مثقال فضة
وعنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالف مثقال فضة وتقد من الثمن
الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد من الفضة ان قبض حصة الطوق
واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر من حاله انه باقي بالواجب
وكذا لو اشتراها بالف مثقال الفا نسيئة والفا نقدا فالنقد ثمن الطوق
لان الاجل في الصرف باطل ومع الجارية جائز والظاهر انه
المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته
خمسون ودفع من ثمنه خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة
ولم يتعرض لكل منهما ولو ذكر
الاثنان ويراد به الواحد فان الله تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان و
المراد احدهما فيحمل عليه بظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى
افترقا بطل العقد في الحلية لانه عقد صرف فيه وكذا في السيف لئن كان لا يتخلص
الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالعقد
كالجذع في السقف ولئن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل
في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية ثم انما يجوز
هذا العقد اذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه
واما اذا كانت مثله او اقل او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او احتماله
وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا
وقد قبض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وشرطه وبطل فيها
لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق
بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته ولئن شاء ترك لان الشركة
عيب في الاناء قال ولئن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي

ويشترط القبض في المجلس لما ذكرنا خلافا لما إذا باعه بجنسه مجازفة
فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية فبنتها الذ مثقال فضة
وعنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالف مثقال فضة وتقد من الثمن
الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد من الفضة ان قبض حصة الطوق
واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر من حاله انه باقي بالواجب
وكذا لو اشتراها بالف مثقال الفا نسيئة والفا نقدا فالنقد ثمن الطوق
لان الاجل في الصرف باطل ومع الجارية جائز والظاهر انه
المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته
خمسون ودفع من ثمنه خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة
ولم يتعرض لكل منهما ولو ذكر
الاثنان ويراد به الواحد فان الله تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان و
المراد احدهما فيحمل عليه بظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى
افترقا بطل العقد في الحلية لانه عقد صرف فيه وكذا في السيف لئن كان لا يتخلص
الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالعقد
كالجذع في السقف ولئن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل
في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية ثم انما يجوز
هذا العقد اذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه
واما اذا كانت مثله او اقل او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او احتماله
وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا
وقد قبض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وشرطه وبطل فيها
لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق
بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته ولئن شاء ترك لان الشركة
عيب في الاناء قال ولئن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي

يبقى بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع
درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر
شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى
خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته
الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز ولئن كان فيه
تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما
مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى
عبدا بالغنم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة
لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الف اليه وكذا
اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن
تصحيحه بالصرف الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب
وافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الدرهم الى
الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد
بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين للتصحيح فيحمل عليه
تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي
وهو ثبوت الملك في الكل مقابلة الكل وصار كما اذا باع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه خلافا على ما
من المسايل اما مسئلة المرابحة فلانه يصير تولية في الثلث بصرف الربح
كله الى الثوب وفي المسئلة الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه يمكن
ان يصرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى
المشترك وهو لبس محل للبيع والمعين ضل وفي الاخيرة العقد انعقد
صحيحا او الفسد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع

احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وكانت العشرة بمثلها
والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر
انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي
فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع اقلهما
شئ آخر جاز البيع من غير كراهة ان بلغت قيمته قيمة باقي الفضة
وان لم يبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع
لان الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا قال ــــ ومن كان له على
آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع
الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع
بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه
بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة
بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول
والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف
وفي الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد على ما نذكره
والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسة
وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين
سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ
الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك
للجواز قال ــــ ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار
ووجهه ان الجودة ساقطة العبرة وقد ثبت المساواة في الوزن
فيجوز قال ــــ اذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم
واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما

من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع
بعضها ببعضها الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها
الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع
الغش وقد يكون الغش خلقيا وهو الرديء منه فيلحق القليل
بالرداءة والجيد والرديء سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليس
في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة
فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها
متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة
وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة
من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة شرط في الصفر لانه لا
يتميز عنه الا بضرر قال شيخ الاسلام ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك
في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح
التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع
والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت
تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن
نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين وان كانت
لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كانت يقبلها البعض
دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها
زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من
الجياد ان لا يعلم لعدم الرضا منه قال ــــ واذا اشترى بها سلعة
ثم كسدت فترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها
لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد

كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد بحاله القيمة لكن عند ابي يوسف
يوم البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع لانه اوان
الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن هلك
بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيفسد
واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان
هالكا كما في البيع الفاسد ويجوز البيع بالفلوس لانها اموال معلومة
فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح
وان كانت كاسدة لم تجز البيع بها حتى يعينها لانها سلعة فلابد
من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند
ابي حنيفة خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض
فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله عليه مثلها لانه اعارة
وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ الغرض
لا يتحصر به وعندهما يجب بمنها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر
رد ها كما قبض فيجب رد القيمة كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند
ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من
قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول ابي يوسف انظر وقول
ابي يوسف ايسر فالفتوى عليه ومن اشترى بنصف درهم فلوس جاز وعليه
ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط
فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس
وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلابد من بيان عددها وقلنا
ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس فاغنى
عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي
يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن

الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما دون
الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار
معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح
لا ديارنا ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني نصفه فلوسا و
نصفه نصفا لاجنة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما
خلافا لابي يوسف رحمه الله ومن باع فلسا بفلسين جاز ويتخير النصف بنصف الاجنة
ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة
متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء
كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني بنصف
درهم فلوس ونصفا لاجنة جاز لانه قابل الدرهم ما يباع من
الفلوس بنصف درهم والاجنة فيكون نصف درهم
لاجنة بمثله وما وراء باذاء الفلوس وذكر في اكثر نسخ المختصر ذكر
المسئلة الثانية ولو اعطى بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا
وزنه نصف درهم جاز لانه قابل النصف بفلوس معلومة والنصف
بمثله لانه في حق الدرهم صرف فيشترط القبض فيه وفي حق
الفلوس بيع فلكتفى بقبض احدهما كيلا يكون كالبا بكالي وهذا هو
الحكم في بيع الفلوس بالفلوس والفلوس بالدراهم انه يكتفى بقبض
احد العوضين لانها ليست اثمانا مطلقة لثبوت ثمنيتها بالاصطلاح

كتاب الكفالة

قال الكفالة لغة تنبئ عن الضم ومنه قوله تعالى
وكفلها زكريا وهي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وفعل الدين
والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال

الشافعي في قول لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له
على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه
ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة
بنوعيه ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي
بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي والحاجة ماسة إليه وقد
أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه وينعقد إذا قال
تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه
وبوجهه لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن إما حقيقة أو عرفا
على ما مر في الطلاق وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن
النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر
كلها بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن
حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح وكذا إذا قال ضمنته
لأنه تصريح بموجبه أو قال علي لأنه صيغة الالتزام أو قال إلي لأنه في معنى
علي في هذا المقام قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا
فإلي وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل به لأن الزعامة هي الكفالة وقد
رويناه فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما
إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة قال
فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا
طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم
لامتناعه عن إيفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه أول مرة فلعله ما دري
لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه
فإن مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق وإذا أحضره
الكفيل وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر

برئ الكفيل عن الكفالة لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لأنه
ما التزم التسليم إلا مرة وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه
في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر
المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيدا ولو سلمه
في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا لو
سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير
المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة
فيه وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في
السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لعدم القدرة على المحاكمة وإذا
مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه
سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل وكذا إذا مات
الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح
لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي
أن يطالب الكفيل فإن لم يكن فلوارثه لقيامهما مقام الميت قال
ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو
بريء لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط
قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه
من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا إذا
سلمه إليه وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه فإن تكفل بنفسه
على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم
يحضره إلى الوقت لزمه ضمان المال لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم
الموافاة وهذا التعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ
عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه

اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله لا يصح هذه الكفالة
لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فشابه البيع ولنا ان الكفالة
يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح
تعليقها بمطلق الشرط كالبيع والنكاح ويصح بشرط متعارف
عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف قال ومن
كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك به غدا فعليه المال فان مات
المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال
ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه
رجل على انه ان لم يوافك به غدا فعليه المائة فطلبه فلم يوافه به
غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله
ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه
لانه علق ملاءه مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه فلا
تصح الكفالة على هذا الوجه ولانه لما لم يصح الدعوى من
غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم تجب لا تصح الكفالة بالنفس
فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين وقال ان المال دين معروف
فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاحتمال في الدعاوى فتصح
الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين الحق البيان باصل الدعوى فيتبين
صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس
في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا تجبر عليها
عنده وقالا تجبر لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه
خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة
رحمه الله قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولانه حبس الكفيل على
الدوام فلا يجب في الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ

بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه
يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيما وجد
واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس
فيها حتى يشهد شاهد له او شاهد عدل يعرفه القاضي لان
الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة وهو العدد
او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبته فيه
فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي له على قولهما لا يحبس في
الحدود والقصاص من شهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة
قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ممكن
الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن وجد
من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب واحضر منه كفيلا آخر فهما كفيلان به
موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق
وبالثانية يزداد التوثق فلا تتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة
معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان الدين صحيحا مثل ان
يقول تكفلت عنه بالف او بما يدرك له او بما يداين فلانا في هذا البيع
لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك
اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بثمن مبيع صحت ولنا احتمال السراية
والاقتصار مراده من صحة الدين لئلا يكون بدل الكتابة وسنذكره
من بعد ان شاء الله تعالى والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي
عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط
فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما لو شرط
ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما لم يطالب

الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالين اذا اختار احد
العاصيين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يملكه التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال
ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول لما يبعت فلانا فعلي ودينه
ذا ابى المكفول عليه فعلي وغصبك فعلي والاصل فيه قول الله تعالى ولمن
جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة الضمان الدال ثم الاصل
انه يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله
اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو
مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر
من الشروط في معنى ما ذكرناه فما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله
ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منها اجلا الا انه
تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط
لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت
بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة فتحقق ما عليه وصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف
المكفول عنه بالمال المذكور لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية
له على الغير ويصدق في حق نفسه لولايته عليها وتجوز الكفالة بامر
المكفول عنه وبغير امره طلاقا وبناء على انه يلتزم المطالبة وهو
تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب
بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع ما
ادى عليه لانه قضى دينه بامره ولو كفل بغير امره لم يرجع عليه بما يؤديه
لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى محمول على ما اذا لاداه بامره

اما اذا ادى خلاف ذلك يرجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل

منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه

بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى

لانه لم يجب عليه شيء حتى يملكه بالاداء وبخلاف ما اذا ابراء الكفيل

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه

لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء

لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له

ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه

لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابراء الطالب المكفول عنه

او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان

الدين عليه في الصحيح وان ابراء الكفيل لم يبراء المكفول عنه لان عليه

المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب

عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن

الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف

ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق

له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه

قال فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسماية فقد برئ الكفيل والذي

عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فبرئ

عن خمساية لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن

خمسماية باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسماية ان كانت الكفالة

بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس اخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع

الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرا الكفيل عن المطالبة

قال ومن قال الكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه

الا انه اذا ابراء الاصيل يشترط في ذلك قبوله او
موته قبل القبول والرد قام ذلك مقام القبول ولو
رده ارتد ودين الطالب على حاله اختلف مشايخنا
رحمهم الله في ذلك ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا
قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود ولو
ابراء الكفيل عنه صح الابراء قبل الكفيل الابراء ام
لم يقبل ولا يرجع على الاصيل شرح طحاوي
وفي شرح طحاوي وهذا اذا لم يكن على الكفيل دين
مثل ما للمكفول عنه واما اذا كان عليه دين مثله
فليس للكفيل ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا له
ان يحبسه اذا حبس ولا له ان يرجع عليه اذا
ادى لكنه يسقط عنه دين المكفول عنه

وهذا لان هذا الصلح لا يمكن تصحيحه على سبيل
المبادلة فكان ذلك استيفاء البعض وابراء عن
البعض فيعتبر ابراء البعض بابراء الكل وايفاء
البعض بايفاء الكل مع [illegible]

معناه بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب
لا تكون الا بالايفاء فيكون اقرارا بالاداء فيرجع قال ولو قال ابرأتك
لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط
فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه
يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك
وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب
واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب
حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق
البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات
ويروى انه تصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا
محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء
الاصيل قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة
به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لتعذر
ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة قال واذا
تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن
البائع بالمبيع لا يجوز لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة
بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان
المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء و
المغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة
كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل
بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن
او بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا قال ومن
استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز

او الابراء

عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه
والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته
فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس
العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز
اذا بلغه فاجاز ولم يشترط الاجازة في بعض النسخ والخلاف في الكفالة
بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه
هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرنا في الفضولي في النكاح ولهما
ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود
شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهو ان
يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء
لانه ذكر وصية في الحقيقة في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول
لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب
لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه
وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون
المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك
لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم
يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تصح لانه
كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى
في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال
ولابي حنيفة رحمه الله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة
ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز
بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد
قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق

قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه
صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه
الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى
الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة
لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه
اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له
حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه
الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو
ابراء الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه
نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو
كانت الكفالة بكر حنطة فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه
قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقالا هو له لا يرده على
الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على
الوجه الذي بيناه فيسلم له ولابي حنيفة رحمه الله انه تمكن الخبث مع الملك
اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على
اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث
يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية
لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال
ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرى
للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان
يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر
مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي

العينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض
عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري
نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان
الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما
كان فالشرى للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد ومن
كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام
المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان
المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى
لان معنى ما ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به
المستقبل كقوله اطال الله بقاك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح
قال ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه
يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على
الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما
يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعا
وضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى
بالآخر واذا قضي بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير
مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها قيام
الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما
ادى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا
يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه قال ومن
باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة
في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن
مشروطا فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه

دون كفالته فينزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم
ولم يكتف لم يكن تسليما وهو على دعواه ان الشهادة لا تكون شروطة
في البيع ولا هو باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة يوجد من
غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة خلاف ما تقدم قالوا اذا كتب
في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وكتب شهد بذلك فهو تسليم
اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين **فصل في الضمان**
ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن رب المتاع فالضمان
باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا
لنفسه ولثمن المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه
كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة
وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير
ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه
وذلك لا يجوز بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة هاهنا لتمكن المشتري
ان يمسك نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته ولم يقبل الكفالة قال
ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو
يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما
النوائب فان اريد بها ما يكون بحق كجرى النهر المشترك واجر الحارس والموظف
لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق ولنا ان ذلك
مما ليس بحق في الجنايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ ومن سهل الى الصحة
الشيخ الامام علي البزدوي رحمه الله واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها
او حصته منها والزيادة باطل وقيل هي النهاية الموظفة الزائدة والمراد من النوائب
ما يتوب غيره ذات في الحكم ما يبتاعه قال ومن قال لآخر اكر علي ماية الى شهر
فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ولو قال ضمنت لك عن فلان ماية الى شهر وقال

وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر
بالدين تم ادعى حق النفس وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة اقر بالدين
لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الدين
عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار
اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل
والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق
الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك
فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له على البائع لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض
البيع على ظاهر الرواية ما لم ينقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن
فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها للعدم المحلية فيرجع على
البائع والكفيل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يبطل بالاستحقاق على قياس الرجوع وهو
اوائل الزيادات في ترتيب الاصل قال ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة
فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد يقع على الصك القديم وهو
ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار
ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق
عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع
وتسليمه لا محالة وهو عير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم
المبيع او قيمته والله اعلم **باب كفالة الرجلين**
وان كان الدين على اثنين
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما
عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه في شيء من ما يؤديه على النصف فيرجع
بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة
بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع
للاول فيسقط عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في

في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كاداء
نفسه الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فكل شئ اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى
المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة
متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل
كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما
وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على
شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضية الاستواء قد حصل برجوع احدهما
بنصف ما اداه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر
بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره واذا برأ
رب المال احدهما اخذا الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال
كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا فلهذا يأخذه به واذا افترق المتفاوضان
فلصاحب الدين ان يأخذ ايهما شاء بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر في الرجلين
في كفالة الرجلين واذا كاتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شئ اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز اشتمالا
وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا
باداء كل واحد منهما الالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله واذا عرف
ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة
قال ولو لم يؤد شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لصادفته مملوكه وبرئ
عن النصف لانه ماض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة
فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل
واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما

فلهذا ينتصف وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة
وصاحبه للاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره
وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه ادى عن نفسه والله اعلم باب الكفالة
العبد عنه ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال
عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب العسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم
برض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل
لانه متأخر بمؤجل متأخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد
العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد
برئ الكفيل لقيامه مقامه قال براءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان
ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له
ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجاء تخلفها قيمتها وقد التزم
الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف
الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل
عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله
يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال
عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد تصح على كل حال لانه تحقق
الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع هو الرق وقد زال ولنا انها
وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد
على مولاه فلا ينقلب موجبا عامدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا يكون الكفالة
بمال الكتابة صرف نظره او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه
لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل فاثباته مطلقا بناء
معنى الضم لان شرط الاتحاد وبدا السعاية كما لا المكاتبة في قول ابي حنيفة رحمه
لانه كالمكاتب عنده والله اعلم كتاب الحوالة وهي جائزة بالديون

قال ومن اجل على مسلمٍ فليتبع وللتزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة
وانما اختصت بالديون لانها تبنى على التقل والتحول فالدين لا في العين قال
وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو
الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين
ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تقضي بدون رضاه ذكره في الزيادات
لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه
لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر
رحمه الله تعالى لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة
للنقل لغة وشرعا حوالة الرأس والدين مني انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما
الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفق المعاني اللغوية والتوثق
باضمار الاملى والاحسن في القضاء واما بخبر على القبول اذ انقد المحيل لانه
يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال على
المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان
البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة
حقه له اذ هو المقصود او تفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة
في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف
ولا بينة عليه ويموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى
في الحقيقة وقالا هذا وجه ثان وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا
بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال المدين غادر ونحو
قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلتك بدين لي عليك
لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا
ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر واذا طالب المحيل المحتال بما اداه
فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول

قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في
الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم
واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ
لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمضمون
لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة
في هذه الجملة ان لا يملك المحيل المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
وان كان اسوة للغرماء بعد الموت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة لملكه
فيأخذه منه فيبطلت الحوالة وهو حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق
لحقه به بل بذمته ولا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره
السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع
نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا
كتاب ادب القاضي قال ولا يصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط
الشهادة وان يكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى
من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا
للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة قد يشترط
لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان
يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا
ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو
ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز قضاؤه
كما لا تقبل شهادته عنده ومن علمائنا الثلاثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه
وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل فتزل بالفسق
لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها وهل يصلح بتقلده مفتيا قيل
لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد لكل

لجهد هذا النسبة الى الخطأ وأما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية
فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الامر بالقضاء
يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره
ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار
من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو
اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد الكلام
عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب اجتهاد حديث له موفقا بالفقه ليوقف
معاني الآثار او صاحب فقه له موفقا بالحديث لان لا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه
وقيل وان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما ينتفي
عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان
الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وفيهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه
امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه
الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكرهه بعضهم الدخول فيه مختارا
لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول
فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق
له اولا يعينه على غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء
دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد
قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسأل لها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه
ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر
عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل الا ان
الصحابة رضي الله عنهم اجمعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان يمكنه قال
ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله وهو الحائط الذي فيها السجلات
وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من نزله وآلة القضاء ثم

قال عليه السلام عدل ساعة
خير من عبادة ستين سنة

ان كان البياض في بيت المال فظاهر وكذا اذا كان في مال الخصوم في الصحيح
لانهم وضعوها في يده ليعمل وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من
القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تديينا لا تموّلا ويبعث امينين ليقبضاها
بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة
كيلا يشتبه على المولى وهذا التسوال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال
المحبسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم وان انكر
لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد
ليست بحجة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم لم يخل بتخليته ضي ينادي
عليه وينظر في اره فان فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يعجل كما لو ادى
الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما يقوم به
البينة او يعترف به لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف
الذي في يديه ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه يثبت باقراره ان اليد
كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره فيسلم
الى المقر له الاول لسبق حقه قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه
على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره
الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهما ممنوعة
عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان
رسول الله عليه السلام يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون رضوان الله
عليهم كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها
في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض
تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها فان
كانت الخصومة في دابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس في الدخول
فيها ويجلس معه فرد ان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل

هدية الامزذى رحم محرم او زوجة عادته قبل القضاء بها دانه لان الاول
صلة الرحم والثانى ليس للقضاء اثر ظاهر على العادة وفيما وراء ذلك
يصير آثما بقضائه حتى لو كان للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا اراد
المهدى على العادة او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحامى ولا يحترز
دعوة الا ان يكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيحترز بخلاف العامة
فيدخل فى هذا الاطلاق قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه
وان كانت خاصة كالهدية قال والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضى
لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك
من حقوق المسلم على المسلم قال ع م للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها
هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبى عليه السلام
نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما فى المجلس
والاقبال لقوله ع اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والاشارة
والنظر ولا يساره احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه
مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك فى وجه احدهما لانه يجترى على
خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب مهابة القضاء قال ويكره
ان يلقن الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة
لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رحمه الله فى غير موضع
التهمة لان الشاهد قد يحضر لمهابة المجلس فكان تلقينا جميلا للحق بمنزلة
الاستحضار والتكفيل والله اعلم **فصل** فى الحبس واذا ثبت الحق عند القاضى
وطلب الخصم صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان
الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه
لم يعرف كونه مماطلا فى اول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستحب المال فاذا
امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه لظهور المطل
كما ثبت

وان قال المدين ابيع عبدى هذا واقضى حقه ذكر صاحب شرح مختصر الطحاوى انه ان كان بينه وبين ان يبيعه يوم او يومان او ثلاثة ايام لم يحبسه

بانكاره قال فان امتنع حبسه فى كل دين لزمه بدلا عما حصل فى يده كثمن
المبيع والقرض بعقد كالمهر والكفالة لانه حصل المال فى يده ثبت غناه به
واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه
والمراد بالمهر المعجل دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير
الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول
قول من عليه وعلى المدعى اثبات غناه ويروى ان القول له عليه فى جميع ذلك
لان الاصل هو العسرة واليسار عارض ويروى ان القول له الا فيما بدل مالك
وفى النفقة القول للزوج انه معسر وفى اعتاق العبد المشترك القول للمعتق
والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين والحرج على ما قال فى الكتاب انه ليس
بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابى
حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعى ان له مالا او
ثبت له ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة
ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه فى الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان
يخفيه فلا بد ان تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره وروى
غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض
الى راى القاضى لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال وان لم يظهر له مال
خلى سبيله يعنى بعد مضى المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه
بعد ذلك ظلما ولو اقامت البينة على افلاسه قبل مضى المدة تقبل فى رواية
ولا تقبل فى رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال فى الكتاب خلى سبيله ولا يكلف
بينة ويمين غرمائه وهذا كلام فى الملازمة وسنذكره فى كتاب الحجر ان شاء الله
وفى الجامع الصغير رجل اقر عند القاضى بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان
موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير
القاضى او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بينا

قوله لسقوطها بمضي الزمان اي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان بخلاف الدين لا يسقط بمضي الزمان [illegible] حلبي المرحوم رحمه الله

فلا نعيد قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي

ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير خصم لم يحكم لان القضاء على الغايب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرايط نذكره ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل واحد ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه رحمه الله انه يقبل فيهما بشرايط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله اخرا شيء من ذلك ليس بشرط

والشرط

والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتها

فصل آخر

قال ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف

الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك
القضاء ولو قضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني فاجاز الاول
جاز كما في الوكالة وهذا لانه رأي الاول وهو الشرط واذا فوض
اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول
عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة
او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف
فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه
والاصل ان القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره كذلك
لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاجتهاد الاول باتصال
القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه
ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه
روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين وعندهما لا ينفذ في
الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه اذا كان
مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور
لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف ليس باختلاف والمعتبر
الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم
فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا قضى باحلال
وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهو مسألة قضاء القاضي في
العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح قال ولا يقضي
القاضي على غائب الا ان يحضر فيقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله تعالى
يجوز لوجود الحجة وهي البينة فتظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة
لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل
الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامها مختلفة

ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف
ابي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع
كالوصي وامين القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغايب سببا
لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة الكتاب اما اذا كان شرطا
لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغايب وقد عرف تمامه في الجامع قال
ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم
لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستيفاء والكتابة
ليحفظ وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستيفاء والاب بمنزلة الوصي
في اصح الروايتين لعجزه عن الاستيفاء

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا
محكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ
حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما
فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود
في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية
الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندهما كما في المولى ولكل واحد
والمحكم ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما
واذا حكم لزمهما الصدور حكمه عن ولايته عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه
امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في امضائه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله
لان حاكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه
لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص
يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال
يحتاج الحاكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكما في دم خطاء فقضى بالدية على
العاقلة لم ينفذ حكمه لانعدام ولايته عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل
بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف رأيه ومخالف

للنفس الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع
البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر
باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وصما على تحكيمهما تقبل قوله لان
الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه
وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء لانه لا تقبل شهادته
لهولاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه
يقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لا بد
من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأى والله اعلم

فصل

من كتاب القضاء قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب
السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب كوة عند ابى حنيفة رحمه الله معناه
بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف
اذا اراد صاحب العلو ان يبنى على علوه قيل ما حكى عنهما تغير لقول ابى
حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف
فى ملكه والملك يقتضى الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل
لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف فى محل تعلق به حق محترم للغير
كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على
انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال
واذا كانت زايغة مستطيلة تنشعب عنها زايغة مستطيلة وهى غير نافذة
فليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا فى الزايغة القصوى لان فتحه للمرور
ولا حق لهم فى المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع
فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور
لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح
لا يمكنه المنع فالمرور فى كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق فى القصوى بتراب

الباب

الباب قال وان كانت مستديرة قد لرق طرفاها فلهم ان يفتحوا الان
لكل باب منهم حق المرور فى كلها اذ هى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون فى
الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى فى دار دعوى والذى
الذى فى يده ثم صالحه منها فهو جايز وهى مسئلة الصلح على الانكار وستذكرها
فى الصلح والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جايز عندنا
لانه جهالة فى الساقط فلا يفضى الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى
دارا فى يد رجل انه وهبها له فى وقت فسئل البينة فقال جحدنى الهبة فاشتريتها
واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور
التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا
به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء
قبله ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره فى بعض النسخ لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء الرجوع منه فتعذر
منافضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقر بملكه عندها ومن قال
لآخر اشريت منى هذه الجارية فانكر ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه
ان يطأها لان المشترى لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا
تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم اذ كان لا يثبت
الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما
تعذر استيفاء الثمن والمشترى فات رضا البايع فيستبد بفسخه ومن اقر
انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفى بعض النسخ اقتضى
وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها
معيبة ولهذا لو يجوز به فى الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق
لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقا والثمن او استوفى
لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفى الزوقة

لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز في الزيوف
ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرد التجار والستوقة ما يطلب عليه الغش
ومن قال لآخر لك على الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه
بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد
برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف
ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد
بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حق يلي العقد فيملك التصديق اما
المقر له ينفرد برده الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على آخر مالا
فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة
على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل
لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق
ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبراء حتى لا يرى انه يقال قضى بباطل وقد
يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء
قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه يمكن
ان لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء قضاء واقتضاء ومعاملة بدون
المعرفة وذكر القدوري رحمه الله تعالى انه تقبل ايضا لان المحتجب
او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه
ولا يعرفه ثم يعرض بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه
جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا
زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع
وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه تقبل بينته اعتبارا بما ذكرنا ووجه
الظاهر ان البراءة تغير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى

غيره

غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين
لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن
قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيها ان شاء الله او كتب في شراء فعلي فلان
خلاصي ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان
ذكره في الاقرار لان الاستثناء يصرف الى ما يليه لان الذكر للاستثناء
وكذا الاصل في الكلام الاستمداد ولان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف
الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي
الى بيت الله بعلى ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير
كفاصل السكوت فصل في القضاء بالمواريث قال واذا مات نصراني
فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت
قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله تعالى القول قولها لان
الاسلام عادة يضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت
في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر
تعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية
فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت
بعد موته فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق
وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا
قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة وقال المستودع هذا
ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال لانه اقر بما في يده حق الوارث
خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر
لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه
لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد

موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى باشالها
فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنا ايضا وقال
الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع
يده عن المال فيكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا
ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح
قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث
وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل
الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر
ان في التركة وارثا غايبا او غريما غايبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امراة الغايب
النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان حق الحاضر ثابت
قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل لكن اثبت الشراء
ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان
المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة
لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان
والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد
يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي
ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد
قد يخطي ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار
في يد رجل اقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين
اخيه فلان الغايب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي
هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله

وقالا ان كان الذي هي في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يدامين
والا لم يجعل تركه في يديه لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف
المقر لانه امين له ان القضاء للميت مقصودا واضمار كونه مختارا
الميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي
والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة مسلومة له وللقاضي
ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج
فيه الى الحفظ والانتزاع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها
ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الغائب الكبير دون العقار وكذا حكم
وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول
ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل
لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر
الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء
لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا
كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد
من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه
عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه
وصار كما اذا اقامت البينة بدين للميت الا انه انما ثبت استحقاق الكل
على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما
بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين
صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء
والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال
كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى
فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية اخت

الميراث لانها خلافة كهى فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة
من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع فى حال الاستغناء فتنصرف
الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند ابى حنيفة يوسف رحمه الله
لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة فى العشر راجحة عنده وعند
محمد رحمه الله تعالى لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة
عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع لانه تمحض مؤنة ولو قال
ما ملكه صدقة فى المساكين فقد قيل يتناول الكل مال لانه اعم من لقطة
المال والمقيد باجاب الشرع وهو تختص بلقطة المال فلا تختص فى لفظ الملك
فبقى على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة
على ما قرنا اذا لم يكن له مال سوى ما ادخل تحت الايجاب يمسك من ذلك
قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم
يقدر لاختلاف احوال الناس وقيل المعتبر فيمسك قوته يوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضيعة لسنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم
الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال
ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصى
والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابى يوسف رحمه الله تعالى
انه لا يجوز فى الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت
فتعتبر بالانابة قبله ووجه الفرق على الظاهر ان
الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا تتوقف على
العلم كما فى تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب
عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر
لقدرة الموكل وفى الاول يفوت لعجز الموصى ومن اعلمه من الناس بالوكالة
يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر قال ولا يكون النهى عن

الوكالة

الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابى
حنيفة رحمه الله تعالى وقالا هو والاول سواء لان من المعاملات
وبالواحد فيها كفاية ولانه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط
احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان
عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى
بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر واذا باع القاضى او
امينه عبد اللقراء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين
القاضى قائم مقام القاضى والقاضى مقام الامام وكل منهم لا يلحقهم ضمان كيلا
يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ورجع المشترى على الفقراء
لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا
كان العاقد مجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم فان امر القاضى الوصى
ببيعه للفقراء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشترى
على الوصى لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضى عنه فصار
كما اذا باع بنفسه قال ورجع الوصى على الفقراء لانه عامل
لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال
يرجع بالمائة التى غرمها ايضا لانه لحقه فى امر الميت والوارث اذا بيع له
بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له فصل
آخر واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع
فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله تعالى
انه رجع عن هذا وقال لا آخذ به حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ
والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ
رحمهم الله تعالى هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة الا فى كتاب
القاضى الى القاضى وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل الخلوة

عن التهمة ولان طاعته اولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال
الامام ابو منصور رحمه الله تعالى ان كان عادلا عالما يقبل قوله لانعدام
تهمة الخطاء والخيانة وان كان عادلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب
تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان
يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال واذا عزل القاضي
فقال لرجل اخذت منك الف وديعة فدفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال
الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك
في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل
ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان
الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه
ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او
الآخذ بما اقر القاضي لا يضمن ايضا لان فعله في حالة القضاء ودفع القاضي
صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد
او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانا اسندنا فعله الى حالة معهودة
منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والمجنون منه
كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي يضمنان لانهما
اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في
ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه
بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي
والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى
انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا
يصدق في دعوى غلكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله اعلم

كتاب الشهادات

قال رضي الله تعالى عنه الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم
كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله
تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب
المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود
يخير فيها الشاهد في الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحدود والتوقي
عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك
لكان خيرا لك وقال النبي عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا
والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم
دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بما في الجملة السرقة
فيقول اخذ احياء لحق المروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر
ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل
احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا تقبل
فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى والاتي يأتين بفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء
ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رضي الله تعالى عنه مضت
السنة من لدن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم والخلفتين
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة
البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات
ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة الرجلين
لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة
النساء لما ذكر قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة
رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح
والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتاق والنسب وقال

وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال
وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط
وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل
شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح
اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما سواه في خطرها والكثرة وجودا ولنا ان
الاصل فيها القبول لوجود ما يثبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث
يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط
بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا
لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تنثبت مع الشبهات وعدم
قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة
والبكارة والعيوب بالنساء

اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع
لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصورا فراد فصر الموصوف على الصفة
لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله عليه
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال ان
الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن به معهود ينصرف الى الجنس فيتناول الواحدة
فما وقرها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع بناء على ان
كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادات قوله ولانه دليل معقول لنا
ووجهه ان المذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الحبس اخف
وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه لان المثنى والثلث احوط لما فيه
من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل فوت ما قصده لانه لو كان جوازا
لاكتفا بنظر الواحدة لغلبة ظنها لما كان ظن الاثنين والثلث احوط من ظن واحدة

والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة
لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع
المحلى بالالف واللام مراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط
الاربع ولانه انما سقطت المذكورة ليخف النظر لان نظر الحبس اخف فكذا يسقط اعتبار
العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة
شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل في العنين
سنة ويفرق بعده لانها تايدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا
اشتراها بشرط البكارة وان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن
والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند
ابي حنيفة رحمه الله عليه في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق
الصلوة عليه لانه من امور الدين وعندهما يقبل في حق الارث ايضا لانه
صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد
لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم يقبل شهادته اما العدالة فلقوله
تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان
العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن
ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته
لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي
لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان
النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان
قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله
في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في
شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام
حتى اختص بالقضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله
عليه يقتصر له على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام

المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان
الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع
الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء
فيها ولان الشبهة فيها دارئة فان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران
فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لابد ان يسأل عنهم في السر
والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء بينة على الحجة وهي شهادة العدول فتعرف
عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى
على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيأتيه
والحلي والمصلى ويرده المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية
لابد ان يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية
وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى
عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد ان يقول المعدل هو
عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل
قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته
لكن عند محمد يضم تزكية اخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان
في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا
وموضوع المسئلة اذا قالوا هم عدول الا انهم اخطؤوا او نسوا اما اذا قالوا صدقوا
او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي
الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف
رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان
ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة
فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا
لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر تحكمي في الشهادة فلا

يتعداها قال ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي بل تزكية السر حتى صلح العبد
مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله
لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا ولا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما اثبت بنفسه مثل البيع
والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان
يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق
الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت
مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني
لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فتر للقاضي لا يقبله لان
النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على
الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه
الصورة ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا
يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما
تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحمل ولم يوجد وكذا لو سمعه
يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال
ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه
الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما يحل له ان
يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته
لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل
له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس
الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت قال
ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول
ورواية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به
والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل وصار

كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس وتتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يشيع كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو راى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا راى رجلا وامرأة يسكنان بيتا ويتبسط كل واحد منهما الى آخر انبساط الازواج كما اذا راى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب على ما قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وقيل قوله في مولاة لابوين او ثلثة دون رجل بينة وعند محمد رحمة الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شئ سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فتكفي بها وعن ابي يوسف رحمة الله انه يشترط مع ذلك ان يقول انه له وقالوا ويحتمل ان يكون تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد دعوة الى نيابة وملك قلنا والتصرف يدعو ايضا الى انابة واصالة ثم المسئلة على وجهين

عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بجحوده دون الملك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما وعاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فترفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمة الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه من يقبل شهادته ومن لا يقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمة الله وهو رواية عن ابي حنيفة انه تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي تجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موثوق والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بخلاف المشهود به والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء لم يمنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او فسق بخلاف ما اذا مات او غاب لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا الملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيتبع بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في القذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان رد ها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا وبالاسلام حدثت له شهادة برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده

ووَلَدِهِ ولا شهادةُ الولدِ لأبويه وأجدادِه والأصلُ فيه قولُه عليه السلام
لا تُقبل شهادةُ الولدِ لوالدِه ولا الوالدِ لولدِه ولا المرأةِ لزوجِها ولا الزوجِ لامرأتِه ولا
العبدِ لسيدِه ولا المولى لعبدِه ولا الأجيرِ لمن استأجرَه ولأنّ المنافعَ بين الأولاد
والآباءِ متصلةٌ ولهذا لا يجوز أداءُ الزكوةِ اليهم فتكون شهادةً لنفسه من وجهٍ أو يتمكن
فيه التهمةُ قال رضي الله عنه والمرادُ بالأجيرِ على ما قالوا التلميذُ الخاصُّ الذي
يُعَدُّ ضررُ أستاذِه ضررَ نفسِه ونفعُه نفعَ نفسِه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادةَ
للقانعِ بأهلِ البيتِ وقيل المرادُ الأجيرُ مساهمةً أو مشاهرةً فيستوجبُ الأجرَ بنفسِ
عقدِ أداءِ الشهادةِ فيصيرُ كالمستأجرِ عليها قال ولا تُقبل شهادةُ أحدِ الزوجين
للآخرِ وقال الشافعي رحمه الله تُقبل لأنّ الأملاكَ بينهما متميزةٌ والأيدي متحيزةٌ
ولهذا يجري القصاصُ والحبسُ بالدينِ بينهما ولا معتبرَ بما فيه من النفعِ لثبوتِه
ضمناً كما في الغريمِ إذا شهد لمديونِه المفلسِ ولنا ما روَيْنا ولأنّ الانتفاعَ متصلٌ
عادةً وهو المقصودُ فيصيرُ شاهداً لنفسِه من وجهٍ أو يصيرُ متهماً بخلافِ
شهادةِ الغريمِ لأنه لا ولايةَ له على المشهودِ به قال ولا شهادةُ المولى لعبدِه
لأنه شهادةٌ لنفسه من كلِّ وجهٍ إذا لم يكن على العبدِ دينٌ أو من وجهٍ إذا كان
عليه دينٌ لأنّ الحالَ موقوفٌ مراعًى قال ولا لمكاتبِه لما قلنا ولا شهادةُ
الشريكِ لشريكِه فيما هو من شركتِهما لأنه شهادةٌ لنفسه من وجهٍ لاشتراكِهما
ولو شهد ما ليس من شركتِهما تُقبل لانتفاءِ التهمةِ وقال وتُقبل شهادةُ الأخِ
لأخيه وعمّه لانعدامِ التهمةِ فإنّ الأملاكَ ومنافعَها متباينةٌ ولا بسوطةَ
لبعضهم في مالِ البعضِ قال ولا تُقبل شهادةُ مخنثٍ ومرادُه المخنثُ في
الرديءِ من الأفعالِ لأنه فاسقٌ فأما الذي في كلامِه لينٌ وفي أعضائِه تكسّرٌ
فهو مقبولُ الشهادةِ قال ولا نائحةٍ ولا مغنيةٍ لأنهما يرتكبان محرّماً
فإنّ عليه السلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائحةِ والمغنيةِ ولا مدمنِ
الشربِ على اللهو لأنه ارتكبَ محرّمَ دينِه ولا من يلعبُ بالطيورِ لأنه يورثُ غفلةً ولأنه
قد يقفُ على عوراتِ النساءِ بصعودِ سطحِه ليطيّرَ طيرَه وفي بعضِ النسخِ ولا من يلعبُ
بالطنبورِ وهو المغنّي قال ولا من يغنّي للناسِ لأنه يجمعُ الناسَ على ارتكابِ

كبيرةٍ قال ولا من يأتي بابًا من الكبائرِ التي يتعلقُ بها الحدُّ للفسقِ وهو
ولا من يدخلُ الحمامَ بغيرِ مئزرٍ لأنّ كشفَ العورةِ حرامٌ قال أو يأكلُ الربوا
أو المقامرَ بالنردِ والشطرنجِ لأنّ كلَّ ذلك من الكبائرِ وكذلك من يتفوّتُه الصلواتُ
للاشتغالِ بهما فأما مجردُ اللعبِ بالشطرنجِ فليس بفسقٍ مانعٍ من الشهادةِ لأنّ الاجتهادَ
فيه مساغٌ وشرطَ في الأصلِ أن يكونَ أكلُ الربوا مشهورًا به لأنّ الإنسانَ قلّما يتجوا
عن مباشرةِ العقودِ الفاسدةِ وكلُّ ذلك ربوا ولا من يفعلُ الأفعالَ المستحقرةَ
كالبولِ على الطريقِ والأكلِ على الطريقِ لأنه تاركٌ للمروءةِ فإذا كان لا يستحي عن
مثلِ ذلك لا يمتنعُ عن الكذبِ فتُتهمُ ولا تُقبل شهادةُ من يظهرُ سببَ السلفِ لظهورِ فسقِه
بخلافِ من يكتمُه وتُقبل شهادةُ أهلِ الأهواءِ إلا الخطابيةَ منهم وقال
الشافعي رحمه الله لا تُقبل لأنه أغلظُ وجوهِ الفسقِ ولنا أنه فسقٌ من حيثُ الاعتقادِ
وما أوقعَه فيه الاستدانةُ به وصار كمن شربَ المثلثَ أو أكلَ متروكَ التسميةِ
عامدًا مستحيلًا لذلك بخلافِ الفسقِ من حيثُ التعاطي أما الخطابيةُ فهم من غلاةِ
الروافضِ يعتقدون الشهادةَ لكلِّ من حلفَ عندهم وقيل يرون الشهادةَ لشيعتِهم
واجبةً فيتمكنُ التهمةُ في شهادتِهم قال وتُقبل شهادةُ أهلِ الذمةِ بعضِهم على بعضٍ
وإن اختلفت مِلَلُهم وقال مالك والشافعي لا تُقبل لأنه فاسقٌ قال الله تعالى والكافرون
هم الفاسقون فيجبُ التوقفُ في خبرِه ولهذا لا تُقبل شهادتُه على المسلمِ وصار كالمرتدِّ
ولنا ما رُوي أنّ النبي عليه السلام أجازَ شهادةَ النصارى بعضِهم على بعضٍ ولأنه
من أهلِ الولايةِ على نفسِه وأولادِه الصغارِ فيكون من أهلِ الشهادةِ على جنسِه
والفسقُ من حيثُ الاعتقادِ غيرُ مانعٍ لأنه يجتنبُ ما يعتقدُه محرّمَ دينِه والكذبُ
محظورُ الأديانِ بخلافِ المرتدِّ لأنه لا ولايةَ له وبخلافِ شهادةِ الذمي على المسلمِ
لأنه لا ولايةَ له بالإضافةِ إليه ولأنه يتقوّلُ عليه لأنه يغيظُه قهرُه إياه وميلُ
الكفرِ وإن اختلفت فلا قهرَ فلا يحملُهم الغيظُ على التقوّلِ قال ولا تُقبل شهادةُ
الحربيِّ على الذمي أراد به والله أعلم المستأمنَ لأنه لا ولايةَ له على الذمي لأنّ الذمي من
أهلِ دارِنا وهو على منعةٍ وتُقبل شهادةُ الذمي عليه كشهادةِ المسلمِ على الذمي وعليه
قال وتُقبل شهادةُ المستأمنين بعضِهم على بعضٍ إذا كانوا من أهلِ دارٍ

واحدة منهما كانوا من دارين كالترك والروم لا تقبل لان اختلافهما في الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن قال وان كانت الحسنات اكثر من السيآت والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فالالمام بمعصية لا تقدح به العدالة المشروطة ولا ترد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنع عدلا قال والخصي يقبل شهادته لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد لكفرهما وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لانه يجب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستجيبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جايزة لانه رجل او امرة وشهادة الخنثى مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جايزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ رحمهم الله لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما او وصي الى فلان والوصي يدعي فهو جايز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهدا ان الموصي لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لان يثبت بها شيء فصار كالفريقين والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما عند التعذر

بلا عترافهما بخلاف ما اذا انكر او لم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم تكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغايب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب الا اذا شهد واعلى اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام المدعا عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زايدا فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه اجنبي عنه لانه لا يوخذ من المدعى عليه شيء حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقاموها على ان صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا وعلى هذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه اذا اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اني اخطأت بنسيان ما كان يجب علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله بهيبة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تدارکه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس او خيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار كالكلام الواحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس

باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن
المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله عليهما انه تقبل قوله في
غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله الموفق باب الاختلاف
في الشهادة الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى
في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقا وانعدمت فيما تخالفا
قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد
احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عندهما تقبل على الالف اذا كان
المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والثلث
والثلث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فبقيت ما
اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كما اذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة
ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد بالفظ
وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان محصل على كل
واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلفا في جنس المال قال
واذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة
قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف و
الخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره
الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون تخلل العشرة والخمسة
بينهما لانه ليس لانهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي
لم يكن الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي
في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من
التوفيق قال ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة
او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها
خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة
فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة لان شاهد
القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد

اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم
وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد
قضاها فالشهادة جايزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا
وذكر الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي
اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله
لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد
آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما
كاذبة وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضي بها ثم
حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى قد تحت باتصال القضاء بها فلا تنقض
بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها
قطع وان قال احدهما بقرة والآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمة
الله وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف
في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة في السواد والبياض وقيل الاختلاف
في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل
نصاب الشهادة وصار كما لو غصب وبل اولى لان امر الحد اهم وصار كما لو ذكورة
والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان
بياض او يجتمعان فيكون السواد من جانب والبياض من جانب احر والآخر
يشاهده لجلاء الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة
لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه
قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر انه
اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو
العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد
ولان المدعي يكذب احد شاهديه فكذا اذا كان المدعي هو البايع ولا
فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة
لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان

هو الموت لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع و
الاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعى هو المرأة والعبد والقاتل
لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى
من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت
العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوي في الدين وفي
الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له في الرهن
فعريت الشهادة عن الدعوي وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة
ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي
هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالفاً استحساناً
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضاً وذكر في الاملاء قول
ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من
الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المال في النكاح
تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت
ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى
اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي
المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا تقبل لان مقصودها
قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا
اصح والوجه ما ذكرناه **فصل** في الشهادة على الارث ومن اقام
بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه
ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثاً له واصله انه متى
ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثاً
له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك
الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما
يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية
الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلابد من النقل

الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة
وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على
اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يد
فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده
جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان
والامانات تصير مضمونة بالتجهيل فصارت بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت
الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن
ابي يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت
ملكه تقبل وكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعى وجه الظاهر وهو
قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى يد ملك وامانة
وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف
الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاينة
ويد المدعى مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى
عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان
انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم
والله اعلم **باب** الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة
في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل
قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته ادى الى
ضياع الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من
حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه
بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة
شاهدين على شهادة شاهدين قال الشافعي رضي الله عنه لا تجوز
الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمزكين
تعويلنا على رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة
الاصل مروي الحقوق فيها شهادا لحق ثم شهد الحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد

على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك في قوله لانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب
الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع
اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني
على نفسه لان الفرع كالنايب عنه ولا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد
ان يشهد كما يشهد عند القاضي ليتحمله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني
على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد
قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته
وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل وليها لفظا اطول من هذا وافصر منه وخير
الامور اوساطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على
شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد
رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الاصول والفروع جميعا حتى اشترطوا في
الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير
حجة التحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت
شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون
حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند العجز وبهذه الاشياء يتحقق
العجز وانما اعتبرنا السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى
اجري عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد
احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ فقيه ابو الليث
رحمه الله عليه فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا
اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة
من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه
كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال
وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رحمه الله

وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم يقبلوا شهادة
فلا تقبل ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا
نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم فشهدوا قال
وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت
للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة
رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرنا انها تعرفانها فجاءا بامرأة
وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان
انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق
على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا
الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين
يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعا عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان
الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذا كتاب
القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي بكمال ديانته
وفور ولايته يتفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين فلانة
التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف
لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية
خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة
خاصة والى المحلة الكبيرة عامة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر
الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات
قد ذكرنا الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم للجد الاعلى فتنزل منزلة الجد الادنى

فصل قال ابو حنيفة رضي الله عنه شاهد الزور اشهره في السوق
ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رضي الله عنه لهما
ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم
وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد ليس فيه حد مقدر فيعزر وله

ان سريعا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفي به والضرب
وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى
هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى
الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رضي الله عنه فانه كان يبعثه
الى سوقها ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا
ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا
الناس وذكر شمس الائمة السرخسي رحمة الله انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس
على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود قال
وفي الجامع الصغير شاهد ان اقرا انهما شهدا بزور لم يفرقا بوقال لا يعزران
وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك عنده

كتاب الرجوع عن الشهادات

فاما الطريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات
اذا رجع الشهود عن شهادتهم
قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض
ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم
بشهادتهم ثم رجعوا لم ينقض الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم
بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال
القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض
لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره بعد انشاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع
الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس
القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر
بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه
عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا
باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنته المال تقبل لان السبب صحيح
واذا شهد شاهدان بمال الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبب عند
التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سبق الاتلاف تعديا وقال

الشافعي رحمه الله لا يضمان لانه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان
على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه حرف الناس عن تقلده وتعذر
استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض المدعي
المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين
والزام الدين قال واذا رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء
من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة
فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق
باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمنع فان رجع آخر ضمن
الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرتان
فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا
نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع
ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى
كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية
فبقي ثلثة ارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة
خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمهما الله وعندهما على الرجل النصف وعلى
النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل
شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال
النبي عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل
واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة
العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا فان شهد
رجلان وامرأة عمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست
بشهادة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف الحكم اليه قال وان شهد شاهدان
على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك
اذا شهدا بما قل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف
لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تتقوم بالتملك لانها تصير

متقومة ضرورة الملك اباينة لخطر المحل وكذلك ان شهدا على رجل بتزوج امرأة
مقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك
والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة
بين الاتلاف بعوض وبين الاتلاف بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل
ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع شيء
بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض
وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض
ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البايع لان السبب هو السابق
فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فاضاف التلف اليهم وان شهدا على
رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا
على شرف السقوط الا يرى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر
اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر
في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما
قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية
العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان
فلا يتحول الولاء قال واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية
ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لوجود القتل تسببا فاشبه
المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد
وكذا تسببا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب
بخلاف المكره لانه يورث حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع
الشبهة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارية للقصاص بخلاف المال لانه يثبت
مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا
لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع
شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم
انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد

بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا شهدنا وهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وقال
ابو حنيفة وابو يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي
يقضي بما يقابل من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم
حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لان
القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول
وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي
ذكروا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكروا فيتخير بينهما والجهتان متفاوتتان
فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في
شهادتهم لم تلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينقض بقولهم فلا يجب الضمان
عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال
وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون
لانهم اثبتوا على الشهود فصار كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة
اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود
الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان
بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف
يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا يرى ان القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين
دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى
المسئلة بين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان
قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل
غيره فيكون توسيعا بسبيل منه دفعا لحاجته وقد صح ان النبي عليه السلام وكل
بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمرية ام سلمة قال ويجوز الوكالة
بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي
الى مدحوجه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعدما اسن
عقيل وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنهم وكذا بايفائها واستيفائها الا في

الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس
لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب
الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء
هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء
اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمة الله وقال ابو يوسف لا تجوز
الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة
وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل
ينتقل الى الموكل عند حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة تحترز عنها
في هذا الباب كما في الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة
شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه
التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه
وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل
غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به قال ابو حنيفة رضي الله عنه
لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا
مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا لا يجوز التوكيل من غير رضا الخصم وهو قول
الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز وانما الخلاف في اللزوم لهما ان الوكيل
تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون
وله ان للجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة
فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه
احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هناك
ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت
المرأة محدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي
رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم
توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون وقالا ومن شرط
شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك

التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط
ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد من
ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا
وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل
العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشرا او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق
بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه
باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى
والتوكيل ليس بتصرف في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته
والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمة الله ان المشتري اذا لم يعلم
بحال البايع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان
حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال
والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع
والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رحمة الله تتعلق
بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه
وصار كالرسول وكالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان
العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن
اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك كالرسول
واذا كان اصيلا في الحقوق تتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم البيع و
يقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم
فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل
السابق كالعبد يهب ويضطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة
العيب تفصيل نذكره انشاء الله تعالى وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب
بقبول الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير
محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه

كان النكاح له فضار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه
اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا
والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فانما
الصلح الذي هو جارٍ مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق
والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض
وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس
وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل
وقد اجاد في الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه
اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق ترجع الى العاقد فان دفعه
اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه
وقد وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري
على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليها دين يقع المقاصة بدين الموكل
ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عندهما ولكنه
يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء وفصل

في الشراء ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه
ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله
وكالة عامة فيقول اتبع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي
شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تحمل في الوكالة
لجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي
اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا
او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك
الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان
كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن
يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الاستحسان اذا وكله

الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر
مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل
فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف
الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وتنتقل كلامه الى المرسل فصار
قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن
من ماله وقبض المبيع قبله ان يرجع به على الموكل لانه انفقد بينهما مبادلة
حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد
سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه بالحقوق لما كانت اليه
وقد عمله الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل
حبسه هلك من مال الموكل فلم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس
يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع
من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده حكما
سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يكون التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط
حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه
فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان
المبيع عند محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة وضمان الغصب عند زفر لانه منع
بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه للثمن فيسقط بهلاكه
ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن
بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل البيع اصل
العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي
الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشتري
عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل
منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرون
وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد لم يذكر

الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره
عشرة ارطال فاذا اشتري به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله
ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال ولم
يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف
ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا
اشتري ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع
لان الامر تناول التسمية وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال ولو وكله
بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر
حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بحضرة
من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشتري بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترا
بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشتري الثاني وهو غائب ثبت
الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فيقع عليه
ولو اشتري الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره
رأيه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بعينه فاشتري
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل
قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم
الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون
النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق
وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا
او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر
شرعا وعرفا اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان
نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل
وان لم يكن له ذكر في النية يحكم به لفقد ما الاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا
وان نويا وفاقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان

الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم
النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد
فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه
حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذا
الوجوه قال ومن امر رجلا ببيع عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي
وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول
قول المأمور لان في الوجه الاول الخبر عما يملك استيناف وهو الرجوع بالثمن
على الآمر وهو ينكر والقول المنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن
عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن
منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه
وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه
فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه
امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا تهمة في يده هنا وان كان امر بشراء عبد
بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير
منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استيناقه ولا تهمة فيه لان الوكيل
بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر
بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقود
فالقول للمأمور وان كان غير منقود فالآمر كما في غير المعين ومن قال لآخر
بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا يأخذه
لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق
فان قال فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار يرتد برده قال
الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا
بالتعاطي لكن اشتري لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له وحولت

المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستمام التراضي
وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبد بن باعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى احدهما جاز على الآمر لان التوكيل
مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما
بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشتري احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشتري باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان امر ابشراء كل واحد بخمسمائة
الشراء بهما موافقة وبما قل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري
بقيمة الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شر الاول قايم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما
ثبت بالاقتضاء كالثابت بالدلالة والصريح يقوم عليها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف
مما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو
فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن امره على آخر الف
فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيير البايع ولو عين البايع جاز على ما ذكرنا وان
امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان
قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور على هذا اذا امره
ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما اذ الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا
لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لم يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيقع التوكيل ويلزم
الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رحمه الله انهما تعينا في الوكالات الاربع انه لو قيد الوكالة بالعين
منها او بالدين منها ثم استهلك او سقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا عملا بالدين من غير
من عليه الدين من وجه ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشتري بدين على غير المشتري او يكون اقرارا
بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من ثمن هذا العبد فاذا عين
البايع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم تملكه وخلاصه فاذا امره بالتصدق لان جعل المال لله تعالى وهو معلوم
واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر عنه لانفساد البيع تعاطيا قال ومن دفع
الى آخر الفا وامره ان يشتري بها حاريه فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف
فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه
ضمان خمسمائة وهو ينكر وان كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة بالالف
يتناول الفا فيضمن قال فان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر ايضا اذا كانت قيمتها خمسمائة فلا يلزمه الا الف وان كانت قيمتهما الف

انهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور قال ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه وقيل لا تحالف ههنا لارتفاع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر وفي المسئلة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين المأمور لأنه بمنزلة البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الإمام أبي منصور الماتريدي رحمه الله وهو أظهر والله الموفق

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بألف ودفعها إليه فقال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري مثله ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا أحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان قال ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء بعينه لكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه فلا بد من البيان لاختلاف التصرفين

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والإجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف

المتعارف هو الدراهم والدنانير

لأن التصرف لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصي وله رحمه الله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه فإنه بيع من كل وجه حتى إن من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الأب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لأن التهمة فيه متحققة ~~قالوا ينفذ على الآمر لانه~~ فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه لغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في القسم الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ألا يرى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى وقالا لا يجوز لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق قال وإن وكله ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقراره فإنه يرده على الآمر لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة وكذلك إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر قال وإن كان ذلك بإقرار لزم المأمور لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد

بموته ينعزل لان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود رأي الاول وقد حصل وتكلم في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لفوات رأيه الآن يبلغه فاجازه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لانه لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي قال ولي بسبب الولاية فاما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق المسلمين وهو مرتد ثم تستقر جهته الا بانقطاع ان قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كأنه لم يزل كان مسلما فيصح والله الموفق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان الاعمال قال كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي برأيهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل

الرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية ما أطول من هذا ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال في المضاربة فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فتدخل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه فضل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع ونحوه ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر فصار الى التشعب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال وبطلاقه زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو معبر محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بيدكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه عليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الرأي قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه وانما جاز في هذا الوجه ليكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل

عنده وقالا لا يكون خصمًا وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لان القبض غير الخصومة
وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضاً بها ولابي حنيفة
انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل
استيفاءً لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل
بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض
خصما قبل الاخذ هناك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة
تقضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا
بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا
بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر
الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم
فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر
يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع وصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله
عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك وفاه
اذا اقامت المراة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده
حتى يحضر الغائب استحسانا ذكر في العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله
عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه
مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده
ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب
هو خصومة ولهذا لم يخاصم فيه الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صح مطلقا وصحته بتناوله ما يملكه الموكل
وذلك مطلق الجواب وله اصدها عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه انشاء الله تعالى فيتصرف اليه تحريا للصحة
ولو استثنى الاقرار فعند ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتخصيص فائدة دلالة على ملكه اياه وفي
تحمل على الاول وعندنا انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الشاذ لكونه مجبورا عليه فتخير الطالب فيه
يقول ابو يوسف الا الوكيل تام مقام الموكل فاقراره لا يختص بمجلس القضاء كذا

وممايقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في
مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب
له لان الظاهر انه يأتيه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن
اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة حتى لا يملك الدفع
لانه صار مناقضا فصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح
ولا يدفع الى الذي اقر انه كفل له عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم
لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا
لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه
امينا فلو صححناها لا تقبل لكونه متهما بانعدام لازمه وهو نظير
عبد مأذون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين
فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى
على الغائب انه وكيل الباعع في قبض دينه فصدقه الغريم امر بقضاء الدين اليه لانه
اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله وان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه
الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة فالقول في ذلك قوله
مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان الغرض من الدفع
براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه
بتصديقه اعترف انه يحق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره
قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذا
كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان
الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفع اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم
رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا
انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما

قلنا وقد ذكرنا المسئلة على وجوه التصديق والتكذيب والسكوت وفي الوجوه كلها للمودع
ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان الموت صار حقا للغائب احتياطا من او
مختلفا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على ما مر، الاجانب لم يملك الاسترداد لاحتمال
الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن
غرضه ومن قال لآخر وكيلك بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه
لانه اقر له بملك الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا
له لا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا
على انه مال الوارث ولو ادعى على انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع
لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقراره بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق فان
في دعوى البيع عليه فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال
قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت
بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق وذلك ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه
ولا يستحلف الوكيل لانه نائب فلو ان وكله بعيب في جارية فادعى البائع
رضا البائع لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك
ممكن منه بالاسترداد فما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية
غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة
كما مر مذهبه ولا يستحلف المشتري عندهما بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا
يجب ان يتخذ الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما
لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر
النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر
للنظر فاما من دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من
عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه

ماذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له
فيصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما
الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخل انباب

عزل الوكيل

عزل الوكيل مال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله
ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما
فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن مال فان لم يبلغه
العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان العزل اضرار به حيث ابطل
ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فيتقدم مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه
ويتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا للوجه الثاني
اشتراط العلم او العدالة في المخبر فلا نعيده مال تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه
جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان الوكيل تصرف غير لازم فيكون
لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد يبطل بعد العوارض وشرط ان
يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف
اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس
فصار كالميت وعند محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به
احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات
المرتد موقوفة عند فكذا وكالته وان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب مرتدا
بطلت الوكالة واما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل
على ردته او يحكم بلحاقه وقدر اصله في السير قال وان كان الموكل امرأة فارتدت
فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها
على ما عرف وقال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او السكران
فافرقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة

يعتد بقيام الامر وقد بطل بالحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا
عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات
الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته
وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه هذا عند
محمد رح فاما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق له رفع المانع
اما الوكيل يتصرف بعان قايمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا
زال العجز فالاطلاق باق على كيلا ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لان
ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فيبطل
الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا
لا تعود الوكالة في الظاهر عن محمد رح انه تعود كما قال في الوكيل والفرق له على
الظاهر ان سبب الوكالة في حق الموكل على الملك وكذلك وفي حق الوكيل على
معنى قايم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به
بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه
او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شئ ففعله بنفسه او يوكل
بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما
تصرف بنفسه بعد على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها
لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل
وابانها له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه
بعيب بقضاء قاض فعند ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه
منع له عن التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية
لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة في سبب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل
ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختيار

فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلف عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهذا حد تام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر قال محمد رح المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن قال في معرفته والترجيح بالفقه عند الخلاف من اصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فايدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام بالمقضي ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ لانها في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور على هذا القضاة من آخر يوم في كل عصر وجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة اذا طلبنا واليمين اذا انكر وسنذكر ان شاء الله تعالى فان لم يكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر الدلوك والاوقات فان ادعى عقارا حدده وذكر اته في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التعريف بالتحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد

لان تمام التعريف به عندنا حسبما نص على ما عرف في الصحيح ولو كان الرجل مشهورا لم يكتف بذلك في
الصحيح فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا
غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعا ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط
في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعا عليه لابد منه لانه انما ينتصب خصما
اذا كان في يده في العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعا عليه انه في يده
بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي وهو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار
عساه في يد غيره مما يخالف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه
به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده وبالمطالبة
يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق
قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة
قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا
صحت الدعوى سأل المدعا عليه عنها ليتكشف وجه الحكم فان اعترف قضى
عليه بها لان الاقرار منه موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل
المدعي البينة لقوله عليه السلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ويرتب اليمين على فقد
البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة
عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه
لان اليمين حقه الا ترى انها اضيفت اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه
باب اليمين واذا قال المدعي لا بينة حاضرة
وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف
يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا تكون حقه دونه
كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومع ابي يوسف رحمهما الله فيما ذكر الحصاف
ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي قال ولا يرد المدعي على الخصم لقوله عليه السلام البينة على

المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين ليس
الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق
بينة الخارج اولى وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيترجح
الظهور صار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا
ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهار الان قلما تثبت بينة ذي اليد الا تثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل
مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق والاختين وكذا على الولاء
الثابت بها قال وان نكل المدعا عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه
وقال الشافعي رح لا يقضى به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل
التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع
الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولان حجة لرد اليمين لما قلنا قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال واذا كرر العرض عليه ثلث مرات فضى عليه بالنكول وهذا التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة في ايلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا وهو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة من طرش ونحوه او خرس وهو الصحيح قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي هذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكاره لما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا

وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان

أو بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في
معنى الحدود ولابي حنيفة رح انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله
باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف
القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون
بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه
والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم
يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما
اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج
فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا
سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان
ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى
حقا كالارث والحجر في اللقيط وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه
الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب
والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير
والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم
ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى
يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد لزمه الارش فيهما لان النكول
اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع
القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال
اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا
البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع فاذا

امتنع

والنفقة صح

والمولى صح

امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي
لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه
والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان
عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعا عليه وهذا لان الحضور مستحق
عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره
والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل
والوجيه والحقير والخطير من المال ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر
حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر
بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل
الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك
اضرارا به بمنعه من السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في
كتاب الحجر

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى دون غيره
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقال من حلف بغير الله فقد اشرك
وتؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل ان يقول قل بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب
والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك
هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان
ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة فانه لو قال والله
والرحمن والرحيم كان ايمانا ثلثة وحذف الواو بين الاخيرين كانت يمينا واحدة والقاضي بالخيار
ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف
بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف
بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف
بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال ويستحلف

بكر

لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف

اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى لانه لا يعلم
لابن صوريا الا عورا انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا
ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني يعتقد نبوة عيسى عليهما السلام فيحفظ على
كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه والمجوسي يحلف بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر
محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة في النوادر انه لا يستحلف احد الا بالله
حالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار
بعض مشايخنا رحمهم الله لان في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف
الكتابيين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفر باسرهم يعتقد
الله تعالى كما نطق به النص وهو قوله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال
ولا يحلفون في بيوت عبادهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك ولا يجب
تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل
بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع
لا سيما اذا لم يتوقف ايقاع المستحق عليه وهو اليمين قال ومن ادعى انه اتباع عبده
من مذا بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد
يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب ما تستحق عليك رده ولا يستحلف بالله
ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالاقالة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم
في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة
بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على
الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر به المدعا عليه وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف لا يحلف في جميع ذلك على السبب الا
اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعا عليه
ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل

عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه نزول النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب
بالاجماع وذلك مثل ان تدعي بنوة نفقة والزوج من لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري
لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق
المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف فيه على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا
ادعى العتق على مولاه يحلف بالله ما اعتقكم لانه لا يرتفع به ولانه لا يسعى بخلاف الامة
والعبد الكافر لانه يتكرر العتق الرق عليها بالرده والالحاق عليه بنقض العهد والالحاق
لا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه آخر استحلف على علمه لانه
لا علم له بما صنع الموروث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه حلف على البتات لان
المطلق لليمين موجود اذ الشراء والهبة سبب للثبوت الملك وضعا فاذا امتنع صار باذلا
قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جايز وهو ما روي
عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري
اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى
منها فان اقام كل واحد منهما البينة فبينة الزيادة اولى لان البينات للاثبات فلا تعارض في
الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري
اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان
ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع وقيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه
المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا اجمع فيه لانه ربما لا
يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان وان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على
دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض عند ابي حنيفة وقالا القياس لان البايع يدعي زيادة
الثمن والمشتري ينكر والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بالعقد والبايع ينكر فكل واحد منهما

منكر فيحلف واما بعد القبض فيتحالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له يبقى دعوى البايع في زيادة الدين والمشتري ينكر فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا قال وهذا بيان المشتري وهذا قول محمد رحمه الله وابي يوسف آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري اشد انكارا لانه يطالب بالثمن اولا اولانه يتعجل فايدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البايع يتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا يبتدئ بيمين البايع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر واقل فايدة التقديم وان كان بيع عين بعين او كان ثمنا بثمن بدأ القاضي باي هما شاء لاستوائهما صفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفي توكيدا والاصل الاقتصاد على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعى كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فينفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزمه العقد بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان ما بعد تمام العقد خلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف

الاجل

الثمن ح

بعينها ح

ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات ح

الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول منكر الخيار والاجل مع عينه لانهما يثبتان بعارض الشرط فالقول لمنكر العارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب وجه ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما ان المسلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالى بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى في الفائدة ما يوجبه العقد وفايدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتتوفر فايدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البايع ان يأخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي ويفسخ العقد فيهما والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عند هلاك البعض اولى ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رحمه الله ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة لفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القايم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة الحي ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان عند ابي حنيفة رحمه الله وقد خرج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا المراد من قوله

العقد

في الثمن ص

وبآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعده ص

القاضي ح

ان ص

البايع ص

في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً اصلاً وقال بعض
المشايخ رحمهم الله يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقرّ به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى
قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البايع بقول
المشتري فقد صدّقه فلا يحلّف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ما بيّناه في
القايم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء وادّعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما
ويأمر القاضي المشتري بردّ الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي
يوسف رحمه الله والصحيح ان يحلّف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدّعيه البايع فان نكل ثبت
ما ادّعاه البايع فان حلف يحلّف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدّعيه المشتري فان
نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القايم ويسقط حصّته من
الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك يوم القبض فالقول للبايع وايّهما اقام البيّنة تقبل
بيّنته وان اقاماها فبيّنة البايع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين
وقبضهما ثم ردّ احدهما بعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه
ثمن ما ردّه وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان
الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدّعي زيادة السقوط بدعوى نقصان في قيمة
الهالك والبايع ينكره فالقول للمنكر وان اقاما البيّنة فبيّنة البايع اولى لانها اكثر اثباتاً ظاهراً
لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجّه
على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر عليها والبايع منكر حقيقة
وفي البيّنات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعرفان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في
حقهما والبايع مدّعٍ ظاهراً فلهذا يقبل بيّنته ايضاً وتترجّح بالزيادة الظاهرة على ما مرّ
وبهذا يتبيّن لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رحمه الله قال ومن اشترى جارية
وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما
اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين
وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه

الى ص

مع يمينه ص

ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك ص

يعني ان كل واحد منهما مدعٍ ومنكر كما مرّ وهذا موجود هنا
لان وضع المسئلة ان البايع لم يقبض الامة بحكم الاقالة
فصار التحالف معقولاً فوجب القياس على المنصوص

على

على ما مرّ وبهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين
فيما اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافاً لمحمد رحمه الله لانه يرى النص معلولاً بعد القبض ايضاً
قال ومن اسلم عشرة دراهم في كرّ حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول
المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود
السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس المال لو كان عرضاً فردّه بالعيب وهلك
قبل التسليم الى ربّ السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دلّ على الفرق
بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادّعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني
بالفين فايّهما اقام البيّنة تقبل بيّنته لانه نوّر دعواه بالحجّة فان اقاما البيّنة فالبيّنة
بيّنة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقلّ مما ادّعته وان لم تكن
لهما بيّنة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا
لا يخلّ بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مرّ
فيفسخ ولكن يحكّم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقلّ قضى بما قال
الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادّعته المرأة او اكثر قضى بما ادّعته المرأة
~~لشهادة الظاهر~~ وان كان مهر مثلها اكثر مما اعترف به الزوج واقلّ مما اعترفت به
المرأة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحطّ عنه
قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولاً ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله لان مهر المثل
لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدّم في الوجوه كلها ويبدأ
بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري
وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رحمه الله
فلا نعيده ولو ادّعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدّعيه على هذه الجارية فهي كالمسئلة
المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها

السلم ص

النكاح ص

لم ص

نكاح

اي هذا من تخريج الكرخي وتخريج الرازي لكن
التفاوت ... للمرأة قيمة الجارية ١٢

لان ملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال واذا اختلفا في الاجارة
قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل
لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل
قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع
الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة فان وقع في
المنفعة بدئ بيمين المؤاجر ايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت
ولو اقاماها فبينة المؤاجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع
فبينة المستأجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد فيما يدعيه من الفضل
فان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين
بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول
المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف لهما ظاهر ان هلاك المعقود
عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع
التحالف عنده في البيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها وكذلك جرى التحالف
ههنا في فسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد ويتبين
انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان
اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان
القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة
فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء عقد عليها بخلاف البيع لان
العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا
اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة
يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد
والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره

اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة والسراج
الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشاهد الظاهر لها وما يصلح
لهما كالاثاث فهو للرجل لان المرأة وما في يد امرأة الزوج والقول في الدعاوى
لصاحب اليد كلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا
وقع الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلف
ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي حجة
الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع
الى المرأة ما تجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي الجهاز
وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق
والموت سواء لقيام الورثة مقامهما ومحمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله في ان ما كان للرجال فهو
للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا وابي
حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما
مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى والحي بعد الممات انه لا يد للميت
فكذلك يد الحر اقوى من يد المكاتب بمنزلة الحر لان له يدا معتبرة في الخصومات

فصل

ومن ادعى خصما وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان
الغائب او رهنه عندي او غصبته واقام بينة على ذلك فلا خصومة
بينه وبين المدعي وكذا اذا قال الآجر نيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان
يده ليست بيد الخصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تتعذر اقامة الملك للغائب
لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة هنا اعلاه قلنا مقتضى البينة ثبوت الملك

للغايب لا خصم فيه فلم يثبت دفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو
كالوكيل بنقل المراة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع
بدون اقامة البينة كما قاله ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد
ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول
الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا
فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال
من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال
لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل
لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما
احاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا
نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله للوجه
الثاني وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه
من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد
خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اخره
شهوده وهذه المسلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة قال
وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما
وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد
البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى
الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد
ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني
على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر هو الذي

في يده

في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا
قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي
ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير
بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد
من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت
ببينته كونه احق بامساكه

باب ما يدعيه الرجلان

واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له
واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما
لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد
تعذر التمييز فتهاترتا او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم
بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام
كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ و
لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك
والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما
ينتصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة
واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك
قال ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا
اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتتا فالاول اولى ولو اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة
فهي امراته لتصادقهما فان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو
تفرد احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر
فاقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل
هو دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذا كانت
المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال واذا ادعى

اثبات كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة
فلكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لانه
تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى
القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار
مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة
صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع
لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما
واستحق الكل بالبينة وانما كان له النصف لمزاحمة صاحبه فاذا زالت المزاحمة يقضى له بالكل
لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت
احديهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل
الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع
احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه
ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر
وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق
الدلالة قال وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد
واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة
من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء
والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة سواء حتى يقضى بينهما
لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى
قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتمله عند البعض لان
الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في المشاع قال واذا
ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في
القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل

بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب القيمة
عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما
بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن
لان الهبة يوجب ملك العين والرهن لا يوجب
لا يثبته الا عند الهلاك وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون
وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض
لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى
والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لا صورة فان اقام الخارجان البينة
على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين
فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال وان ادعيا الشراء
من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى
وان لم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا فهما سواء
لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة
على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما
فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى
البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما
لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع
واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا
يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره قال ولو ادعى احدهما الشراء
من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع
الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم
فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال وان
اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا
كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد رحمهم الله وعنه
انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك
اي في الفصول كلها الا في النتاج

والرهن اولى من الصدقة

والبيع اولى من الرهن

وكذا الهبة بشرط العوض ح

واقاموا البينة ح

المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل ويقضى له لانه بمنزلة النتج قال وكذلك
النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى
النتاج كحلب اللبن والجز والبيد والمرجز وجز الصوف ولو كان يتكرر قضى به
للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب
يرجع الى فان اشكل قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه لخبر النتاج فاذا
اهل الخبرة لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة
على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاقوى وان كان اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا
٨٩ ثنائي في فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما
البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معها تركت البينتان وتركت الدار في يدي ذي اليد
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله تقضي بالبينتين
ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشتراه من ذي اليد من الآخر وقبض ثم باع
لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز ولئن
كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بملك البائع فصار كأنهما
قاما على اقرار يزيد فيه التهاتر باجماع كذا هنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك فاما ارادة
ولا يمكن القضاء لذي اليد بالملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيد لو
شهدت البينتان على نقد الثمن قال الا القصاص عنده اذا استويا لوجود
قبض مضمون من كل جانب ولو لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله
للوجود عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترت باجماع لان الجمع غير ممكن
عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول ولو وقتت البينتان في العقار
ولم تبينا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى
اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله
يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان بينتا قضاء يقضى لصاحب
اليد لان البيعين جائز لزا على القولين ولزكان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج

ولم تتعرض الجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ مقدمة
معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي
من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كان الدار في ايديهما
والمعنى بيناه ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احديهما
دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رحمه الله
وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى لانه اقدم تاريخا وصادكما
في دعوى الشراء اذ الرخ احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد
انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هنا حتى وقع الشك في جهته وعلى
هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند ابي
حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف الذي وقتا اولى وقال محمد رحمه الله الذي اطلق اولى لانه
دعوى الولية بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابي
يوسف رحمه الله ان التاريخ يوجب الملك في كل الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير
الاولية والترجيح بالتيقن ولابي حنيفة لان التاريخ يضاف لاحتمال عدم التقدم
فسقط اعتباره فصاركما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر
حادث فيضاف الى اقرب اوقاته وقد ترجح جانب صاحب التاريخ قال ولو اقام الخارج
وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على
ما لا يد عليه فاستوتا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح
خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لاعلى طريق
القضاء ولو اقام كل واحد
منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو
بمنزلة ما اقاماها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك فلا يثبت
للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى من حاد جين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا
ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له لان يد
ذي اليد ان لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية ولذا المقضي عليه بالملك
لان القضاء على الخارج المدعي لا على الثالث

فالوجهين فجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وسلم ثم وصل اليه بسبب آخر
قال ولو اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة
تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقوى فيها على ما عرف قال واذا
كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فالمصاب
للجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف بها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة
فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف للآخر
فيتنصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب
بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واصولها
لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناه في الزيادات قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب
الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها الا على وجه القضاء لانه غارم في النصف فيقضى
ببينته والنصف الذي في يد ذي اليد صاحبه لان مدعاه النصف ومعه في يده سالم له
ولم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال
واذا تنازعا في دابة اقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة
يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال تشهد له فيترجح ولئن اقاموا ذكر كانت بينة الخارج
سقط التوقيت وصار كأنهما لم يذكرا تاريخا ولئن خالف سن الرابة الوقتين بطلت
البينتان كذا ذكر الحاكم رحمه الله ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كان في يده قال
واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو
بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع في الايدي

واذا تنازعا في دابة احدهما
راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان كلا في حاله كذلك اذا كان راكبين حيث يكون بينهما
لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل احدهما فصاحب الحمل اولى
لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى
لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو
بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس يد عليه فاستويا قال واذا

الثاني لان الحايطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني رحمه الله قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الاخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوايهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها والله اعلم بالصواب

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبايع وامه ام ولد له وتفسخ البيع ويرد الثمن وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولد فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعدها فدعوة البايع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل

ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من وقت البيع واقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسالة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في ملكه فان مات الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب في الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير فاذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق بالتبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا

ادعاء النسب لولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ان الملاعن اكذب نفسه

٩١

الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد
للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل
النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الأول يرد عليه بحصته
من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت
قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول
فهو ابنه ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض
البيع لأجله وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها
ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة
بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه
البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل
النقض كالإعتاق قال ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه لأنهما من
ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لأن التوأمين
ولدان بين ولادتيهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لأنه لا حبل
لأقل من ستة أشهر وفي الجامع الصغير إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده
فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق
المشتري لأنه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة
مفروضة فيه ثبت حرية الأصل فيثبت نسب الآخر وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما
توأمان فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حر الأصل فبطل بخلاف ما إذا كان
الولد واحدا لأن هناك يبطل العتق مقصودا لحق دعوة البائع وهنا
يثبت تبعا لحريته فيه حرية الأصل فافترقا ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت
نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لأن هذه دعوة تحرير لانعدام
شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال وإذا كان الصبي في يد رجل فقال
هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا وإن جحد العبد أن يكون ابنه وهذا

عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا جحد العبد أن يكون ابنه فهو ابن المولى وعلى هذا
الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الإقرار ارتد
برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل
النقض ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل وكما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق
المشتري فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه
لأنه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه
تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غيره
لأن له أن يكذب نفسه ولأبي حنيفة رحمه الله أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته
والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير
فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لأنه تعلق به حق المقر له حتى لو
صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد
المقر له ومسألة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض
الأقوى كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب وقد اعترض على الولاء الموقوف
ما هو أقوى وهو دعوة المشتري فبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح
مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه
إقراره بالنسب لغيره قال وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني
هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لأن الإسلام مرجح
فيستدعي تعارضا ولا تعارض لأن نظر الصبي في هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية
حالا وشرف الإسلام مآلا إذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالإسلام
تبعا وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة
فالمسلم أولى ترجيحا للإسلام وهو أوفر النظرين قال وإذا ادعت المرأة
صبيا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسألة أن تكون المرأة
ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بالحجة بخلاف الرجل لأنه
يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد أما النسب

يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة

فلان ابن من جحدته عندي حنفي وقد مرت في الطلاق

ولو كان عتقه قالوا لا يثبت النسب منها بقولها ان فيه الزاما على نفسها دونه

وان لم يكن مكذوبا ولا عتقه

غيرها ولو كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد

امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم

الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنهما لان الظاهر

ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كذبا احدهما يريد

ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد

منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ثلثه فهنا لا يدخل

المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتمل

قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة

الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتقدا

على ملك بيع او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر باجماع الصحابة

رضوان الله عليهم ولان النطف من الجانبين واجب فيجعل الولد حرا الا صل في

حق ابيه رقيقا في حق مرعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه

فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة

لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا

لان الارث ليس ببدل عن الولد والمال لابيه لانه حر الا صل في حقه فيرثه ولو قتله الاب

يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدل الشيء كسلامته

ومنع كمنع فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بايعه لانه ضمن

له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع بها

كتاب الاقرار

على البايع

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما

اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق والتزام لوقوعه دلالة الا ترى كيف

لزم رسول الله عليه السلام ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها

وهو حجة قاصرة للقصور ولاية المقر عن غير نفسه فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح

اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق المال لكن الحجور

عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا

تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه خلافا للمأذون له مسلط

عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبني على الدرء فذكر حتى لا يصح اقرار

المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم

لانعدام اهليته الا اذا كان الصبي مأذونا لانه ملحق بالبالغ حكما لاذنه

وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدرك

قيمته او مجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علم

والاقرار اخبار عن ثبوت حق فيصح به بخلاف الجهالة لان المقر المجهول لا يصلح مستحقا

ويقال له بين المجهول ان شئت من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان

لم يبين اجبر القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك

بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه لان بيان ماله قيمة انه اخبر عن الوجوب في ذمته

وما لا قيمة له لا يجب فيه فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه ان

ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي شيء

بتيا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجبر ان بين ما يجري فيه التمانع تعويلا على

العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه انه المجمل ويقبل قوله في القليل

والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه

اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه

غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل

من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه

مثل جواب الكتاب وهذا اذا اقال من الدراهم اما اذا اقال من الدنانير فالتقدير فيها

بالعشرين وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لأدنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم تصدق في أقل من عشرة دراهم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لأنه أقل الجمع الصحيح إلا أن يبين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في أقل من أحد وعشرين لأنه ذكر مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لأنه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لأنه لا نظير له سواه وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرين وإن ربع يزاد عليها ألف لأن نظيره قال ولو قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين لأن على صيغة إيجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا والأمانة أقلهما والأول أصح ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهي الأمانة ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها

فهذا

فهذا إقرار لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور والتأجيل إنما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين قال ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا لأنه أقر على نفسه بمال ثم ادعى حقا لنفسه فيه فصار كما إذا أقر بعبد في يده وادعى الإجارة بخلاف الإقرار بالدراهم السود لأنه صفة فيه وقد مر في المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على الأجل لأنه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وإن قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة إليه وهو القياس في الأول وبه قال الشافعي رحمه الله لأن المائة مبهم والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير له فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون وأما الثياب فما لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا إذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما إذا قال مائة وثلثة أثواب لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها ثيابا قال ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الأصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة لزمه التمر والقوصرة ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما إذا قال غصبت من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب المنزوع قال ومن أقر

بدابة اصطبل لزمته الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما ومثله
الطعام في البيت والـ ومن اقر لغيره بخاتم لزمته الحلقة والفص لان
اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر بسيف فله النصل والجفن والحمايل لان الاسم
يشتمل على الكل ومن اقر بمحلاة فله العيدان والسيور لانطلاق الاسم
على الكل عرفا وان قال غصبته ثوبا في منديل لزمه جميعا لانه ظرف لان الثوب
يلف فيه بخلاف قوله درهم في كيس حيث يلزمه واحد لانه مقرب لا ظرف
وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب عند ابي يوسف رحمه الله وقال
محمد رحمه الله عشرة بناء على ان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب
فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رحمه الله ان حرف في تستعمل في البين
والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي فوقع الشك والاصل
براءة الذمم عن كل ثوب نوعي وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف
فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب لزمه
خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة
وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال الا درهما خمسة مع خمسة لزمه
عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين
درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء وما بعده
وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رحمه
يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من دراهمي ما بين هذا الحائط الى
هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين من شيء وقد مرت الدلائل في
الطلاق

فصل

ومن قال لفلان علي الف درهم فان قال
اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح للثبوت
للمقر له ثم اذا جاء به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاء به

ميتًا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما
ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما
اوقرضني ولو قال المقر باعني لم يلزمه شي لانه بين مستحيلا قال وان ابهم
الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح لان الاقرار من
الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رحمه الله
ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد
المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن
اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو
الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط
لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة
ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل باب

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء
ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال
وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه المال وبطل الاستثناء
لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر
الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة
لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رحمه الله
لم يصح فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما لمحمد رحمه الله ان الاستثناء ما
لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله انهما
اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية الدينار
ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا
لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا للدراهم

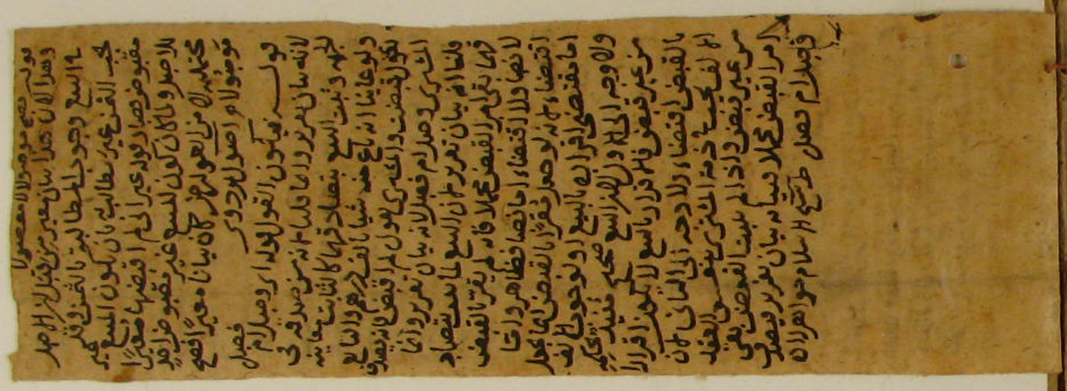
اي الثوب في الذمة

احتراز عن السلم فان في السلم يجوز ان يكون راس المال الثوب ولكن هو ليس بمطلق عقد المعاوضة

قوله والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ذكره في الايضاح واما الكفالة بالنفس
اذا صالح عنها على ان يبرئه من الكفالة فالمال باطل وهو بمنزلة حق الشفعة واختلف
الرواية في بطلان الكفالة ففي احدى الروايتين يبطل لان السقوط لا يتوقف على [illegible]
واذا سقط لا يعود وفي رواية هذا الكتاب الكفالة بحالها لان الكفالة بالنفس سبب
الى المال فاذا حكم فاذا رضي بسقوطه حقه بعوض لم يسقط مجانا [illegible]
قوله ولا يبعد لانه حق التملك الى قوله فاما القصاص [illegible]
بعد الصلح على ما كان قبله فيكون العوض [illegible] القاتل به مباح الدم في حق الولي
ملك القصاص حرمة لانه حق ثابت في المحل صار القاتل [illegible] الاباحة فيصير اخذا للعوض
اي وجه قتله لم يلزمه شي واذا صالح [illegible] الاسلام لاحد صالحه على بيت
قوله وان ادعى حقا في دار لم يبينه ذكر شيخ الاسلام [illegible] في حق المدعى هذا الحد لبعض
من الدار الا انه وقع فيها الدعوى لا شك انه جائز لانه في حق المدعى جائز لانه زعم ان
وترك للبعض وليس بمعاوضة وترك بعض الحق واخذ البعض جائز [illegible] فكان الصلح جائزا
عليه فداء على اليمين وقطعا للخصومة عن اليمين [illegible] معلوم [illegible] انه لا يسمع
لحانبين واذا جاز الصلح هل يسمع دعوى المدعى بعد ذلك في ظاهر الرواية انه لا يسمع بينته
دعواه حتى لو اقام البينة ان جميع الدار له واذا اخذ الباقي قال يسمع
ابن سماعة عن محمد انه يسمع واتفقت الروايات [illegible] المدعى عليه اذا اقر بان الدار
يوم المدعى عليه بتسليم الباقي الى المدعى [illegible] على ان يجزيه منها
دعوى فصالحه منها على عوض [illegible] على ظاهرها [illegible] انه يترك المدعى عليه
قول ابي يوسف خلافا لمحمد [illegible] يوسف كما ذكرنا انه [illegible]
[illegible] الصوف لانه يتمكن عليه ابتداء وذكر جائز

والرواية الاخرى انها لا تبطل لان الكفالة
بالنفس اقوى من الشفعة في الثبوت [illegible] انها
لا تبطل عوض الكفيل ولا يعوض الكفيل
[illegible] وليس كذلك الشفعة
وبطالت الورثة [illegible] الشفيع وكذلك
الابطال لانها لا تسقط بعوض [illegible] العوض
بطلت الشفعة بالصلح وان بطل العوض
شرح المدارك

بمقدر مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم
مجهولا فلا يصح وقال ان اقر بشيء وقال الا ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار
الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني تعليق
فذلك اما ان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او انه شرط لا يوقف عليه كما اذا كان
في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او جاء رأس الشهر او اذا
افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو لزمه المقر له
في الحال يكون المال حالا او من اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء
لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص
في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا
بخلاف ما اذا قال الا نقضها او الا بناءها لانه ذكر فيه لفظا ولو قال لفلان هذه
الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء كما
قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال هذه العرصة ارض حيث
يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف
درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت
فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها
هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا ان الثابت بتصادقهما كالثابت
معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره هذا
وفيه المال لازم على المقر اقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلافهما
السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وهكذا ان
لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال ما بعتك
انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم ما عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي
عليه الالف بمبيع غيره والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه
وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق قوله ما قبضت عندنا الى حيث



رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على
والانكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او
طارية بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع
فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم
يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه
متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا
وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب به لا يتاكد الوجوب الا بالقبض
والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا
مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم
القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني
لم اقبضه فالقول قوله لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب
الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان
علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه
الله وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول
كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما
اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله قلنا ذاك تعليق
وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم
ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي
حنيفة رحمه الله وقالا ان كان موصولا يصدق وان مفصولا لا يصدق وعلى
هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف
وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير
فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف

قوله حتى لو كذبه المقر له في الاصل يكون المال حالا
يعني لو كان تعليقا لبطل اذ الاقرار لا يحتمل
التعليق لكونه اخبارا يتردد بين الصدق والكذب
فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان
كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط ولا يليق كلمة
التعليق به اصلا انما التعليق فيما هو الايجاب
ليتبين بالتعليق انه ليس بتام ما لم يوجد
الشرط

قوله لان البناء دخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا
يعني ان اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا
بل يتناوله تبعا لانها اسم لما اديرت عليها الحوائط
لا غير والاستثناء انما يكون مما يتناوله الكلام نصا
لان الاستثناء تصرف في الكلام بجعله عبارة عما وراء
المستثنى فما لم يتناوله نصا لا يتحقق فيه عمل الا
ستثناء فان قيل يشكل على هذا اذا قال لفلان علي
الف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت في
الدراهم معنى لا لفظا حتى صح استثناؤه قلنا ليس
كذلك بل لفظ الدراهم ساوى الحنطة من حيث
المعنى فيكون اللفظ متناولا لها من حيث المعنى
فصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانه ليس اسم
للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكرا
للبناء بطريق التناول قصدا بل الدار اسم
للعرصة والبناء وصف يدخل تبعا لا قصدا ه

فان قيل لم يدخل لفظا في الدار وان البيت
اسم للعرصة مع البناء والبناء ليس بداخل
في الدار فكذا في البيت لا يكون داخلا فيه
لفظا قلنا لو نظرنا الى البناء لم يدخل في اسم
الدار ولو نظرنا الى العرصة يدخل فيكون داخلا
من وجه دون وجه فجعلناه داخلا ترجيحا
للاصل اذ العرصة اصل والبناء تبع لها ه

بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا
من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة وهو رأى حنيفة رحمه الله
ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب
وهو في العيب رجوع عن بعض موجبه فصار كما اذا قال عندي معيبا وقال
المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بيناه والستوقة ليست من الاثمان
والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء
لانه مقدر بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كما استثنا البناء في
الدار بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة
نوع لا عيب ومطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعند ابي حنيفة رحمه الله
في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب
مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد
فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي كذا درهم زيوف ولم يذكر البيع
والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق
عندهما لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها شروعا لا الى
الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف
او بهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع
ما يملك ولا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان
فصل ولهذا لو جاء رأس المغصوب والوديعة بالعيب كان القول له
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض
اذ القبض فيهما هو موجب الضمان ولو قال ستوقة او رصاص بعد
ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق ولو فصل لم يصدق لان
الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا
فله بتغير الوصل وان قال في هذا كله الفا لم قال الا انها تنقص اذا لم يصدق

وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف
الزيادة لانه وصف والملفظ يتناول المقدر دون الوصف وهو تصرف
لفظي كما بيناه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان
الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب
لا يختص بالسليم قال ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة
فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة
فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق لزفر في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو
الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر منكر فيكون القول له مع اليمين
وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذكر يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب
فكان القول المنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء
فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فتقول قد يكون بالتخلية
والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك القبض ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاد
سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها مني وديعة وقال الآخر بل
قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ منها توافقا هناك لان الاذن
كان بالاذن الا ترى المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا
فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عندك فاخذتها فقال فلان
لي فانه باخذها انه اقر باليد وادعى استحقاقه عليه وهو ينكر والقول
للمنكر وان قال اخرجت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال اخرجت ثوبي
هذا فلانا فلبسه وردّه فالقول له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخرج منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى
هذا الخلاف الاجارة والاعارة ولو قال فلان ثوبي هذا نصفه لي ونصفه
وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما
بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق لزفر اليد في الاجارة والاعارة

ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عذرا فيما
ووراء الضرورة فلا يكون اقراره له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد
فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد
للمودع وجه قولهما ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته
فيكون القول قوله كيفما كانت ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت
وديعة وقد تكون من غير صنع حتى لو قال اودعنيها كان على هذا الخلاف وليس
مرادا الفرق على ذكر الآخر في طرف الوديعة وعدمه في طرف الرد وهو الاجارة
واخاه لانه ذكر الآخر في وضع الفرق الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف
ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضنيه القاضي اخذتها
منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها
وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان
ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا للقبض
عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا قال ولو اقر ان فلانا نازعه
هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه
هاهنا وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر انه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد
المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل
قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بدين وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار اليه صولة كانت الديون ببينة او بمعاينة ومناكحة والاصل ان المدين عامل لثابت بالاقرار وبالمعاينة والدليل خاص فينبغي ان يقضى به ان لم نقصل احد سببي الثابت بالاقرار في دين الصحة والثابت بالمعاينة فكذلك لك يجب ان يكون حال الثابت في المرض ويجوز ان يكون من التبيين كحال الاداء في حال الاعلام اصله القياس على المبايعة والمناكحة يدل عليه ان كون الاقرار سببا لذلك عند ان تفي عما ذهب اليه

للمودع وجه قولهما ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته حتى يكون اقرارا بالعين لانه ليس بمطلق
ووديعة وقد تكون من غير صنع حتى لو قال اودعنيها كان على هذا الخلاف وليس
مرادا الفرق على ذكر الآخر في طرف الوديعة وعدمه في طرف الرد وهو الاجارة
واخاه لانه ذكر الآخر في وضع الفرق الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف
ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضنيه القاضي اخذتها
منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها
وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان
ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا للقبض
عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا قال ولو اقر ان فلانا نازعه
هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه
هاهنا وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر انه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد
المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل
قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بدين وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار اليه صولة كانت الديون ببينة او بمعاينة ومناكحة والاصل ان المدين عامل لثابت بالاقرار وبالمعاينة والدليل خاص فينبغي ان يقضى به ان لم نقصل احد سببي الثابت بالاقرار في دين الصحة والثابت بالمعاينة فكذلك لك يجب ان يكون حال الثابت في المرض ويجوز ان يكون من التبيين كحال الاداء في حال الاعلام اصله القياس على المبايعة والمناكحة يدل عليه ان كون الاقرار سببا لذلك عند ان تفي عما ذهب اليه

ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عذرا فيما
ووراء الضرورة فلا يكون اقراره له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد
فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد
للمودع وجه قولهما ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته
فيكون القول قوله كيفما كانت ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت
وديعة وقد تكون من غير صنع حتى لو قال اودعنيها كان على هذا الخلاف وليس
مرادا الفرق على ذكر الآخر في طرف الوديعة وعدمه في طرف الرد وهو الاجارة
واخاه لانه ذكر الآخر في وضع الفرق الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف
ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضنيه القاضي اخذتها
منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها
وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان
ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا للقبض
عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا قال ولو اقر ان فلانا نازعه
هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه
هاهنا وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر انه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد
المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل
قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بدين وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار اليه صولة كانت الديون ببينة او بمعاينة ومناكحة والاصل ان المدين عامل لثابت بالاقرار وبالمعاينة والدليل خاص فينبغي ان يقضى به ان لم نقصل احد سببي الثابت بالاقرار في دين الصحة والثابت بالمعاينة فكذلك لك يجب ان يكون حال الثابت في المرض ويجوز ان يكون من التبيين كحال الاداء في حال الاعلام اصله القياس على المبايعة والمناكحة يدل عليه ان كون الاقرار سببا لذلك عند ان تفي عما ذهب اليه

ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عذرا فيما
ووراء الضرورة فلا يكون اقراره له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد
فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد
للمودع وجه قولهما ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته
فيكون القول قوله كيفما كانت ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت
وديعة وقد تكون من غير صنع حتى لو قال اودعنيها كان على هذا الخلاف وليس
مرادا الفرق على ذكر الآخر في طرف الوديعة وعدمه في طرف الرد وهو الاجارة
واخاه لانه ذكر الآخر في وضع الفرق الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف
ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضنيه القاضي اخذتها
منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها
وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان
ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا للقبض
عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا قال ولو اقر ان فلانا نازعه
هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه
هاهنا وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر انه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد
المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل
قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بدين وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار اليه صولة كانت الديون ببينة او بمعاينة ومناكحة والاصل ان المدين عامل لثابت بالاقرار وبالمعاينة والدليل خاص فينبغي ان يقضى به ان لم نقصل احد سببي الثابت بالاقرار في دين الصحة والثابت بالمعاينة فكذلك لك يجب ان يكون حال الثابت في المرض ويجوز ان يكون من التبيين كحال الاداء في حال الاعلام اصله القياس على المبايعة والمناكحة يدل عليه ان كون الاقرار سببا لذلك عند ان تفي عما ذهب اليه

الملقى لانه اظهار حق ثابت اه اوليس فيه دلالة على ان الاقرار مظهر عنده ايضا لا سبب للحق كما يتوهم
وبدليل المذكور في اول الباب ولعل فيه دليلا على الشافعي كما على اصحابنا او يقدر المضاف والمعنى لا استواء
سببي ظهورهما سعد الدين الملقى ولهذا يمنع عن التبرع على الوارث اصلا اوليس اى منعا كليا لا بالهبة ولا بالوصية
ولا من الثلث ولا بالاجازة فانه اذا اوصى بالثلث يتعلق به حق الوارث ايضا الملقى من تخصيص البعض به اه اوليس
الظاهر ان يعطف في بالواو سعد الدين

الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يصح لانه اظهار
حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة
مستهلكة للوارث ~~لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار~~ ولنا قوله عليه السلام
لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه
ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال
حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان
هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه
لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما يقع المعاملة
مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق
حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال وان اقر
لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث
لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له
التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل قال
ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية
ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند
الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر
على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في
مرض موته ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما
متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا
الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف
انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما
يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا

في الظاهر

لان القبض ولان حالة المرض حالة الاستغناء اوليس عطف على قوله ولهذا اه

بخلاف الغلام اذا اقر بانه ابنه فانه لا يجوز فان في اقرارها تحميل النسب على الغير

في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط
تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير
على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة
في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال
ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه
وليس فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها
الزوج لان الحق له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة في هذا
مقبول وقد مر في الطلاق وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى
ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان
النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا
يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله
لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه
حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند
الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين نحو الاخ والعم لا يقبل
اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف
قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث
المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف
في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه عند عدم الوارث
فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست
هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له
ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه
باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله كله
للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب

ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير صح

ولهذا لا يحل غسلها

معدوم صح

الوصية من هذا الوجه شرح مختصر

لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات وترك ابنين فاقر احدهما بدين لم يثبت نسب اخيه منه
بيننا ويشاركه في الارث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير وهو
ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر
على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه
يقبل في حق العتق ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما
ان اباه قبض خمسين منها للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على
الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق
الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غايته ان الامر انما تصادقا على كون
المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض لم يرجع القابض على الغريم و
رجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو
ان لا يقر المدعا عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله
تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا
صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع انكار
او سكوت لما روينا وهذا لان الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوقوع
عن المال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين

٦٩٧

ای انها هی المفضیة

بتراضيهما فتجرى فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه
خيار الرؤية والشرط وتفسده جهالة البدل لافضائها الى المنازعة
دون جهالة المصالح عنه لانه تسقط وتشترط القدرة على تسليم
البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة
وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط
التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح
عن السكوت والانكار في حق المدعا عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة
وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد
في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين في غيرهما وهذا في الانكار
ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا
في حقه بالشك قال وان صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه
اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال
دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح
على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا عن المال
فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعا عليه
يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح
عنه رجع المدعا عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع
وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار
فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان
المدعا عليه ما بذل العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه فاذا
ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير
مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته

ان المدعي ياخذه عوضا عن حقه

اي عوض المدعا عليه

قوله ولنا ان الاقرار [illegible]
البيع بينهما بالتصادق ولكن بقي
القبض محتملا فانه لم يقر بالقبض لا نصا ولا
اقتضاء اما نصا فظاهر واما اقتضاء فلذلك
لانه لو حصل الاقرار بالقبض انما يحصل مقتضى
اقراره بالبيع [illegible] لان البيع صحيح
مفيد لحكمه من غير قبض فالاقرار به لا يكون اقرارا
بالقبض اقتضاء ولا جائز ان يكون مقرا
مقتضى وجوب نقد الثمن لانه لم يجب تسليم
المشتري بنفس العقد من غير قبض لان
من الجائز ان يكون الجارية هلكت بعد
البيع او ما استحقاقه في وقت البيع وبعلم
المشتري [illegible]
دليلا على وجوب القبض مقتضا فبقي امر
القبض محتملا مفتقرا الى البيان فيصح موصولا
ومفصولا [illegible]
قوله اذا انكر المقر له ان يكون ذلك
من ثمن عبد وفي زاد الفقهاء ولو قال من
ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد انه لا يلزمه هذا اذا كان
موصولا لم اقبضه واما اذا قال مفصولا يسال
المقر له عن الحال اهو من ثمن المبيع ام لا فان
قال نعم فالقول قول المقر انه لم اقبضه وان
قال من جهة اخرى سوى البيع فالقول قول
المقر له
قوله [illegible] اي [illegible]

ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو
استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة ولان استحق
رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر
المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف الذراع
منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعا لان الدراهم على البيع اقرار منه
بالخلو له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح
قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق والفصلين قال فان
ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد
شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله
لانه يعرى العوض عن ذلك عن شيء يقابله ولو ادعى جلدا فصالح على
قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من غير حقه وهو على دعواه في
الباقي والوجه فيه ما مر من ان الصلح يرد احيانا في بدل الصلح فيصير
ذلك عوضا عن حقه في ما بقي او يحتوي به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر
قال وهو للمنافع لانها املاك العقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان
الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها احترازا لتصحيح تصرف
العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطاء اما الاول
فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنه انها
نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا
اذ لكل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية يصار
الى الدية لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بطلق
العفو في النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع

السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في نفس ما دونها
وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق
في المحل قبل التملك اما القصاص فمال المحل في حق العفو فيصح الاعتياض
عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه تبطل بالاعراض والسكوت
والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في
بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية
الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه يصح الزيادة على
قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فيرد الزيادة بخلاف الصلح
عن القصاص حيث يحتمل الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال
وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا
صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس
كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية
على غير آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف
الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين
فلا يجوز الزيادة عما تعين قال ولا يجوز من دعوى حق الله حتى لو
صالح فلا يجوز الاعتياض عن غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت
المرأة نسب ولد لها لانه حق الولد لا حقها ولذا لا يجوز الصلح عما اشرعه
الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز لنا صالح واحد على الانفراد
عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف ان المطلب فيه حق الشرع قال
واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى
يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء
على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه
وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال واذا ادعت امرأة نكاحا

على رجل فصالحها على مال بذل لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ
المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه
الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا
يعطي العوض في الفرقة فان لم تجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء
تقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على
مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال انه امكن تصحيحه
على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على ضمونة في الذمة الى اجل وفي
حق المدعا عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء
له لان اكساب العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل
العبد المأذون له رجلا عمدا لم تجز له لنز يصالح عن نفسه وان قتل عبد له
رجلا عمدا فصالحه جاز وجه الفرق لنز رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك
التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى فصار كالاجنبي اما عبده
من تجارته فيتصرف فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وهذا لان
المستحق كالزائل عن ملكه وهذا اشراوه فيملكه قال ومن غصب ثوبا وهو
دبا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن
الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا
بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس
وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة
ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا او ثوبا
يكون عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما
ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا اتراضيا على الاكثر اعتياضا فلا يكون ربوا
بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان

كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف
قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة
رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون حدا
تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها
وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل والله اعلم

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه
والمال لازم على الموكل وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او
كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لان الاسقاط محض فكان الوكيل فيه
سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ
هو مواجب بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال
فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل
دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره فهو اربعة اوجه ان
صالح بمال وضمنه ثم الصلح لان الحاصل للمدعا عليه ليس الا البراءة وفي حقها
هو والاجنبي سواء فصار اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن
البدل ويكون متبرعا على المدعا عليه كالو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان
بامره ولا يكون لهذا الصالح شيء من المدعا واما ذاك الذي في يده ان تصحيحه
بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بينما اذا كان مقرا او منكرا ولذلك اذا قال
صالحت على الف درهم او على هذا العبد صح الصلح ولزمه تسليمه
الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا الوكيل بالنكاح اذا اضافه
لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض فيتم الحصول المقصود وهو قال
صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجاز المدعا عليه جاز ولزمه الالف
وان لم يجز بطل لان الاصل في انباء هو المدعا عليه ان دفع الخصومة حاصل

له لأن الفضولي يصير أصيلا بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه فإذا لم
يضمن بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته قال رضي الله عنه ووجه
آخر أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه
لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد
أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لأنه التزم الإيفاء من محل
بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فإن سلم المحل له تم الصلح وإن لم يسلم لم يرجع
عليه بشيء بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت
أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان
ولهذا يجبر على التسليم فإذا لم يسلم له ما سماه رجع عليه ببدله والله أعلم

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة
وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف
درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على
خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه وهذا لأن تصرف
العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه
إلى الربا فجعل إسقاطا للبعض في المسألة الأولى وللبعض والصفة
في المسألة الثانية ولو صالح على ألف مؤجل جاز وكأنه أجل نفس الحق
لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه
على التأخير ولو صالحه على دنانير إلى شهر لا يجوز لأن الدنانير غير
مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى
المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلم يصح الصلح ولو
كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل خير
من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك

اعتياض عن الأجل وهو حرام وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة
بيض لم يجز لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصفا
فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو الربا بخلاف
ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود لأن معاوضة المثل بالمثل ولا
معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان له عليه ألف درهم
ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه
أمكن أن يجعل إسقاطا للبعض وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم
قال ومن له على آخر ألف درهم فقال أد إلي غدا منها خمسمائة على
أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء وإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد
عليه الألف وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا
يعود عليه لأنه إبراء مطلق ألا يرى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا
حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والأداء لا يصلح عوضا لكونه
مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقا فلا يعود كما إذا
بدأ بالإبراء ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء
الخمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضا حذار إفلاسه أو توسلا إلى تجارة
أربح منه وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى
المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر حمله على المعاوضة تصحيحا لتصرفه
أو لأنه متعارف والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به
كما في الحوالة وستخرج البداية بالإبراء إن شاء الله تعالى قال رضي الله عنه
وهذه المسألة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني إذا قال صالحتك
من الألف على خمسمائة تدفعها إلي غدا وأنت بريء من الفضل على أنك
إن لم تدفعها غدا فالألف عليك على حاله وجوابه أن الأمر على ما
قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث إذا قال أبرأتك

كما في البيع بأن قال إن لم تنقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع
بيننا فإنه يجوز لأن تعليق فسخ البيع بالشرط فكان في معنى
شرط الخيار كذا ههنا يكون هذا تعليقا لفسخ البراءة
الواقعة بالشرط [illegible]

من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والإبراء فيه واقع
أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أولا وأداء الخمسمائة
لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع التعدي في تقييده بالشرط
فلا يتقيد بخلاف إذا أبرأه بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروضا
به من حيث إنه لا يصلح عوضا ينفع مطلقا ومن حيث إنه يصلح شرطا
لا ينفع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا والرابع إذا قال
أد إلي خمسمائة على أن أبرئ من الفضل ولم يوقت الأداء وقتا وجوابه
أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق لأنه إذا لم يوقت
الأداء وقتا لا يكون الأداء غرضا بخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد
غرض صحيح والخامس إذا قال إن أديت إلي خمسمائة أو قال إذا
أديت أو متى أديت والجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط
صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد
بالرد بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط محمل على التقييد به قال
ومن قال لآخر لا أفترك بما لك حتى تؤخره عني أو وضع عني ففعل جاز عليه
لأنه ليس بمكره ومعنى المسألة إذا قال ذلك سرا أما إذا قال ذلك علانية
يؤاخذ به والله أعلم **فصل في الدين المشترك** وإذا كان الدين
بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء
اتبع الذي عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن
يضمن له شريكه ربع الدين وأصل هذا أن الدين المشترك
بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئا فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه
إذا دار بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة
راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد وله حق المشاركة لكنه
قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة

وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته
والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة
واحدة وثمن المال المشترك والمورود بينهما وقيمة المستهلك المشترك
إذا عرفنا هذا نقول في مسألة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن
نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة
وإذا أخذ نصف الثوب لا حق له المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين
لأن حقه في ذلك قال ولو اشترى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه
أن يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لأنهما لما اشتركا في
المقبوض لا بد لزيتقي الباقي على الشركة قال ولو اشترى أحدهما نصيبه
من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين لأنه صادقا بضا حقه بالمقاصة
كما لو أن مبنى البيع على المكاسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الاغماض و
المسامحة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيخير القابض كما ذكرناه ولا
سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين
حقه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق
لأن القابض استوفى في نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو
سلم له ما قبض لم يكن له على الغريم أن يشاركه القابض لأنه رضي بالتسليم ليسلم
له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بريئين كان عليه لم يرجع عليه
الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض. ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف
وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام
ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف رحمه الله اعتبارا بالإبراء
المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ولو
غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض
ويجاز نصيبه قبض وكذا الإحراق عند محمد خلافا لأبي يوسف رحمهما الله

والتزوج به ائتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العبد
قال واذا كان السلم بين الشريكين فصالح احدهما من نصيبه على رأس
المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهما الله يجوز الصلح
اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشترى عبدا فاقال احدهما في نصيبه و
لها انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في
نصيبهما لابد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار
واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا يتفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز
لشاركه في المقبوض فاذا شاركه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي
الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلط دائر المال فان لم
يكونا قد خلطا فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو
على الاتفاق **فصل في التجارة** واذا كانت التركة بين ورثة
فارجوا احدهم منها مال المضاربة اياه او كثيرا منه ان امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان
كان ما اعطى اياه او كثيرا منه ان امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان
رضي الله عنه فانه صالح ثماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن ابن عوف عن
ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كان التركة فضة
فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة لذلك انه بيع الجنس بخلاف الجنس
فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي
في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فيتوقف
عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على
فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك
الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن
الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه
صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو

كان التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح
كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع ولكن يشترط التقابض
في الصرف قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح
على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو رخصة المصالح وانما شرطوا ان
يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط
او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذا حيلة الجواز وآخر ان
يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين فيه الوجهين ضرر ببقية الورثة والوجه
ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين وبحيلهم
على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير
معلومة والصلح على الكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا و
قيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين
والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد
البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة
لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا
ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر
الكرخي حرام في القسمة انها لا تجوز استحسانا ويجوز قياسا والله اعلم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق
الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني
بالمال عجز عن التصرف فيه وبين محتد في التصرف صفر اليد عنه فمست
الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف ليتم مصلحة الغني والذكي

والفقير والغني وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه
وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم ثم المدفوع الى المضارب امانة
في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه
يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله
واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان
غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال والمضاربة عقد على
الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر
من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونهما لان الربح
لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا
قال ولا تنعقد الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو
دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض
مالي على فلان واعمل به مضاربة لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين
الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا
التوكيل على ما مر في البيوع الوكالة وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر
فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا
يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة
قال فان شرط لاحدهما زيادة عشرة فله اجر مثله لفساد فلعله لا يربح الا
هذا القدر فينقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا
ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح
المضاربة ولا تجاوز باجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله
كما يتناهى الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم
المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة
كاجير المشترك

الصحيح ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال
مقصوده وغيره ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشروط كاشتراط
الوضيعة على المضارب قال ولا بد لتزكيون المال مسلما الى المضارب
ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف
الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا
بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة فمن
الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على
رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف
فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد
الملك ثابت له وبقاؤه يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين
واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له
ولم يكن عاقدا او اشتراط العمل على العاقد دون المضارب وهو غير مالك يفسده
ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الصبي في الوصي لانهما من اهل ان
يأخذا المال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراط عليهما قال واذا صحت
المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع
ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يحصل الا بالتجارة
فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم
وكذا الابضاع والايداع والمسافرة لانه لا يرى لرب المودع له ان يسافر فالمضارب
اولى كيف ولان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو
السير وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة
رحمهما الله انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من
غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب
والظاهر ما ذكره في الكتاب قال ولا يضارب الا بامر رب المال او يقول

ان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما
في الفقه فلا يتحقق التنصيص له إعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه وخلاف
عليه أو التفويض المطلق إلا قراض حيث لا يملكه وان قيل له إعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما
اليه ذكان كالتوكيل فان
هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا
الوكيل لا يملك أن يوكل
تحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة
غيره الا اذا قيل له
من صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول
إعمل برأيك
قال وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها
لم تجز له ان يجاوزها لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا
ليس له ان يرفع بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لما لم يملك الاخراج
بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان فرج الى غير ذلك البلد فاشترى
ضمن فكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده
الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة
ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا
رد بعضه واشترى بعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على
المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي
كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال
احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج واما
شرط الشراء للتقرر لأصل الوجوب وهذا خلاف ما اذا قال على ان تشتري في
سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة
فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال لا تعمل في السوق ولا تعمل
في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان
تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة
لأنه تفسير له او قال فاعمل به بالكوفة لأن الفاء للوصل او قال خذه بالنصف
بالكوفة لأن الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله

فله ان يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة
ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة
به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع
مالا في الصرف على ان تشتري من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة
من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لأن فائدة الا وّل التقييد بالمكان
وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا فلا فائدة في ذلك قال
وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لأنه توكيل
فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد لأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد
بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على
رب المال القرابة او غيرها لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك
بالتصرف مرة بعد اخرى ولا تحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضا
ربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد
لأنه يملكه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار
مشتريا لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذا على
المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال فان كان في المال
ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد
نصيب رب المال او يعتق على اختلاف المعروف فيمتنع التصرف
فلا يحصل المقصود فان اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير
مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في
المال ربح جاز ان يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه
ليعتق العبد عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه
منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لأنه لا صنع من جهته
في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار

كما إذا أودعه مع غيره ويسعى في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته
عنده فيسعى فيه كما في الوديعة وإن كان مع المضارب ألف بالنصف
فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه
ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى موسر فإن شاء أعتق
واستسعى الغلام في ألفين وأربعمائة وخمسين وإن شاء أعتق ووجب ذلك إن
صحت الدعوة في الظاهر حلالا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك
لعدم ظهور الربح لأن كلا واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال
كما في المضاربة إذا صادا أعيانا كل حين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح
كذا هنا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم إذا زادت القيمة لأن ذلك لإنشاء العتق
فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بخروج الملك أما هذا إخبار
فجاز أن ينفذ عند خروج الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره لم أشتراه وإذا
صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب
المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف
إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد
وله أن يستسعي الغلام لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لأن
المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في ألفين وأربعمائة
لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى
له في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن للمدعي نصف
قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في
الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقررت دعوة صحيحة
لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر
الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب

دب المال لأن هذا الضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما إذا
استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورثه يضمن نصيب شريكه كذا
هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة
ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب حتى يربح فإذا
ربح ضمن الأول قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهو
ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية
عن أبي يوسف رحمه الله لأن المأمول له الدفع على وجه الإيداع وهذا
الدفع على وجه المضاربة وجهها أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر
كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولأبي حنيفة رحمه الله أن
الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع والفعلان يملكهما المضارب
فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن لأنه
خلطه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا
يضمنه الأول وأن عمل الثاني لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا يثبت الشركة
به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن
الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في
مودع المودع وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء
ضمن الثاني وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده
ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني
يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل في
نفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة الثانية
لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي

رضي به فصار كما إذا عمل بنفسه فإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه
عامل فيه كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح
المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه
ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه
بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان
ولا يعرى عن نوع خبث قال فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف
وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح
فإن كان رب المال قال له على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب
المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول السدس لأن
الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجوده من جهة المالك ورب المال
شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف
تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له
فلم يبق له إلا السدس ويطيب لهم ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول
كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم
وإن كان قال له على أن ما رزقك الله تعالى فهو بيننا نصفان فللمضارب
الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان لأنه
فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق
الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح
فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع
إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال لأن
الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه
وقد جعل رب المال لنفسه نصف ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون
بينهما ولو قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه أو قال له فما كان

من فضل

دفع

مضارب الاول

الامر به صح

اي المضارب العامل

من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال
النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول لأنه جعل لنفسه
نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه
فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم
فاستأجر غيره ليخيطه بمثله وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال
النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح
في ماله لأنه شرط للثاني شيئا يستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من
الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه
فقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولأنه غره في ضمن العقد
وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب
بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل

قال وإذا شرط المضارب
لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد معه
ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان
مأذونا له في التجارة واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون للمولى
ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى
من عبده المأذون وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم العبد للمولى
إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقد
هو المولى فلو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط
العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل
على المالك وإن كان عليه دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه بمنزلة الأجنبي
عنه على ما عرف

فصل في العزل والقسمة

وإذا مات رب
المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل
يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وإن ارتد

١٠٩

العبد إذا كان ... عند إنسان ليس للمولى أخذ الوديعة
كان العبد مأذونا أو محجورا إذا كان ... المأذون

مطلب لا يجوز للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد

والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب صح

المولى صح

لأنها من العقود الجائزة فيكون لدوامها حكم الابتداء وبالموت خرج عن أهلية العقد فبطل

[illegible]

رب المال عن الإسلام والعياذ بالله فلحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم أمواله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال فلا بد من البيع لينض رأس المال قال ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئا آخر لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال العزل إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على العكس له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها قال وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة والمعروف كالمشروط قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال

وانما ينض بالبيع

المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكوة فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لأنه أمين وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه فيرده وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا آخر

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف فيما بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة وله أن يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع أما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلأن الوكيل يملك ذلك وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة فلو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال

اليتيم حيث نعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل
ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو
ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملة التوكيل
بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء
والاجارة والاستيجار والايراع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا
من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو
ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال
مضاربة او شركة الى غيره وخلط ماله بمال المضاربة او بمال
غيره لان رب المال رضي بشركة غيره وهو امر عارض لا يقوى على
عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد لكنه يجعل في التنصيص على هذا
الوجه يوافق فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة
على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان
ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير
بعد ما اشترى برأس المال سلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زايدا
على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو
اذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة
شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها
لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة و
الاقراض والهبة والصدقة والتبرع محض والتزوج عبدا
والامة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه
من باب الكتساب الا يرى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولها
انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة
والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة

السفاتج
در راه ارکسی
حبری وام کردن

كذا هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة
فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة
لان رب المال متصرف في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا او
لهذا لا تصح اذا شرط العمل ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف
حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل
منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية
وبخلاف اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة
تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا عمل هنا فلو جوزناه
يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بامر المضارب
فلا تبطل به المضاربة الاولى قال واذا عمل المضارب في المصر
فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وكسوته وركوبه في
المال ومعناه شراء وكراء ووجه الفرق ان النفقة تجب باذار الاحتباس
كنفقة القاضي ونفقة امرأة وما دام المضارب في المصر فهو ساكن
بالمسكن الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة
فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق
من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في غير التردد فلو انفق
من ماله يتضرر وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة
لانه متبرع قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في
المضاربة لانه للاستحقاق ولو كان خرج دون السفر ينظر ان
كان يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان
كان بحيث لا يبيت باهله كانت نفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة
والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا وكذا غسل
ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والرهن اذا كان في

تحتاج اليه كالجان وأما يطلق في جميع ذلك بالمعروف على ما هو المتعارف
بين التجار ويضمن الفضل لرجاونه وأما الدواء ففي ماله في ظاهر
الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لأن الدواء لإصلاح
بدنه ولا يمكنه التجارة إلا به فنزل منزلة النفقة ووجه الظاهر الرواية
أن الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والحاجة الى الدواء بعارض
المرض ولهذا يرى أن نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال
وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فإن باع المتاع مرابحة
يحتسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على
نفسه لأن العرف جار بإلحاق الأول دون الثاني ولأن الأول يوجب
زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها وقد قررناه في كتاب
البيوع قال فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو
حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة
على رب المال فلا ينتظم قوله اعمل برأيك على ما مر وإن صبغها أحمر
فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان
له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصارة
والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع
ولا يضيع إذا صبغ ما غصب وإذا صار شريكا بالصبغ دخل
تحت قوله اعمل برأيك الخلطة فلا يضمنه وهذا بخلاف ما إذا صبغ
أسود حيث لا يضمنه وإن لم يقل له اعمل برأيك لأن ذلك لا يوجب
سواء في المال فلا يضمنه وإن نقصه لأنه من صنيع التجار ولو صبغ
أحمر أو أصفر ولم يقل له اعمل برأيك يضمنه لأنه بمنزلة الخلط فيخير
رب المال بين أن يضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وبين أن يأخذه فيضرب
بقيمته أبيض وللمضارب بما زاد الصبغ كما إذا فعله الأجنبي

فصل آخر

اعتبار اللمتعارف صح
بين التجار صح
قال صح

الا به فصار كالنفقة صح

ولهذا كانت نفقة
المرأة على زوجها
ودواؤها في مالها
صح

انتظم صح

انتظام صح

[illegible]

فصل آخر قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزا وباعه بألفين
واشترى بالألفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة
والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على
المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله
على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف
وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما نض المال ظهر
الربح وهو خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه
وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين وإذا ضاعت
الألفان وجب الثمن عليه لما بينا وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب
المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة
لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع
العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال ألفين
وخمسمائة لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلا على
ألفين لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة
آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربحا
بينهما قال وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه
إياه بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير
المقاصد دفعا للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى
المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ولو
اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه
مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب
المال وقد مر في البيوع قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى
بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على

عليه صح

أي من كون الشيء مضمونا وبين كونه أمانة

منافاة لأنه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان
مع كونه أمانة وهذا لا يجوز

قال المضارب يأخذ ألفا لأنه وهو
من العبد كان له ربع الثمن
الألف فبقي ثلاثة آلاف
ودفع منه رأس المال وهو
ألفان وخمسمائة وبقي خمسمائة
ربحا يقسمانه على ما شرطا

لأن الربح مقسم بين المضارب
ورب المال فحصة المضارب
لا تهمة فيه وكذا تهمة لأنه
لا حق لرب المال فيه وفي
حصة رب المال تمكنت
الشبهة وموضع [illegible]
١٢ ايضاح

[illegible]

رب المال وربعه على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان وإذا فداه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب لما بيناه وأما نصيب رب المال فلأن القاضي لما قضى بانقسام الفداء عليهما يتضمن ذلك قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب ولكن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضاربة يخدم رب المال ثلاثة أيام والمضارب يوما بخلاف ما تقدم قال فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع لأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال فإن كان معه ألفان فقال دفعت إلي ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البينات للإثبات

قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعي عليه الشركة وهو ينكر فيكون القول له ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو قال رب المال دفعت إليه مضاربة في الحنطة وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب لأن الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص ولو قال رب المال هو في البر وقال المضارب هو في الطعام فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهته والبينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان ورب المال لا يحتاج إلى البينة أصلا ولو وقتت البينتان فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول

كتاب الوديعة

قال الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها لقول النبي عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم وأن يحسن بأمانته في الحفظ وما على المحسنين من سبيل قال وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولأنه لا يجد بدا

والعرف أن الواجب فيما تقدم ضمان التجارة وضمان التجارة لا ينافي المضاربة والواجب هنا ضمان الجناية وضمان الجناية ينافي ضمان التجارة

بينته صح

وعدم الحاجة الأصح

وقتا صح

من الرفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمته بنفسه ولا استصحاب الوديعة في خروجه
فكان المالك به راضيا فان حفظها بغيرهم او اودعها عند غيرهم ضمن لان
المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة وان النبي لا يتضمن
مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في فرز غيره ابداعه الا اذا استأجر الحرز
فيكون حافظا لمحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره
او يكون في سفينة تخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا
للحفظ في هذه الحالة فيكون المالك راضيا به ولا يصدق على ذلك الا بينة
لان الايداع سبب الضمان وقد اقر به ثم ادعى ضرورة فصار كما اذا
ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر على
تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع عن ماله وهذا لانه لما طالبه لم يكن
راضيا بامساكه بعده وحبس مال الغير بغير رضاه سبب الضمان قال
وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها لان لا سبيل للمودع عليها
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل
ان خلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة والشعير بالشعير
لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة
فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة رحمه الله
انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر
بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأه الخالط
لا سبيل على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا في الدين وقد
سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط
وخلط الحل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى
الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة ولذا معنى لتعذر القسمة
باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الشعير بالحنطة في الصحيح

لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط
المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند ابي
يوسف رحمه الله يجعل المالك شريكا بما للاكثر اعتبارا للغالب احتراز وعند محمد رحمه الله
شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في كتاب الرضاع
وعلى هذا الكل مائع خلط بجنسه وكذا خلط الدراهم بالدراهم بالاولى
لانه يصير مايعا فان خلط بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها بقدر ماله
صورة اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع
منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد
مثله مخلط بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون اتلافا كما
على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان
كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند
غيره ثم زال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله
لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة لم يرتفع حين صار ضامنا للمنافاة
بين الامرين فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لبقاء طلاقه و
ارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع علا حكم العقد
كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصار
الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لان
الجحود عمل الابرى لان الشرع جعل القول قوله وملك المال للغير لا يكون
الا بالضمان ولانه لما طالبه بالرد فقد ارتفع الحفظ فبعد ذلك هو
بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاقرار لم يبرأ عن الضمان
لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهته
المودع لجحود الوكيل الوكالة وجحود آخر المتعاقدين البيع فتم الدفع
او لان المودع يتقرر عزل نفسه بحضرة المستودع كالوكيل يملك عزل

نفسه يحضر من الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى
نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولان محمدا عند غير
صاحبه لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من
باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير
محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال ولو
دع ان يسافر بالوديعة عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان له حمل ومؤنة
وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله ليس له
ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر وللمفاوضة محل الحفظ اذا
كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه
مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي
رحمه الله يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كما
يا خذ قلنا مؤنة الرد تلزمه في كل ضرورة امتثال امره فاذا ابى
و المعتاد كونه في المصر لاحفظهم ومن كون في المفازة يحفظ فاله
فيها كذلك فاستحفاظ باجرة تلك عقد معاوضة فيقتضي التسليم في محل
العقد واذا نهاه الموضع ان يخرج بالوديعة خرج بها ضمن لان
التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع
رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما فطلب نصيبه لم يدفع اليه
حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع
الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان
يا خذ نصيبه عندهم وقالا له ذلك والخلاف في الكيل والموزون وهو
المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع
اليه كما في الدين المشترك وهو ان الله يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو
النصف ولهذا كان له ان يا خذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة

رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغايب لانه يطالبه بالمفرز وحقه
في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة
وليس للمودع ولايته القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف
الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها
قوله له ان يا خذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع
كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فالغريم
ان يا خذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يرفعه اليه قال وان
اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يرفع احدهما الى
الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم
جاز ان يحفظ احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك
الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر
قالا احدهما ان حفظ باذن الآخر في الوجهين لانه رضي بامانتهما
فكان كل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله
انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف
الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم
الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان
مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما
اودعها ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار دل امكنهما
المهايأة فكان المالك راضيا برفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال
قال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك
فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد
من عياله فدفعها الى عياله لا بد منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة
فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء

فنهاه عن الرفع الى المرأة وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة
هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو ولان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان
من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر
وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط
غير مفيد لان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار
اخرى ضمن لان الدارين تتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان
التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت
الذي نهاه عن الحفظ فيه حولة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا
وديعة واودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يأخذ الآخر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول
لهما انه قبض المال من يد ضمين فضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك
لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما
غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع
ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور
رأيه فلا تعدى منها فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه لزوال امانته
الثاني مستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا
القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فاودعها رجلان كل
واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما قال لف بينهما وعليه
الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان ترد دعوى كل واحد منهما صحيحة حتى لها الصدق
فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير
الحقين وبابائهما برأ الغاصب حاذ لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تناكلا
اقرع بينهما تطييبا لقلبها ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف الثاني

وان حلف لاشيء لها لعدم الحجة وان نكل اعني الثاني يقضى بالنكول له لوجود
الحجة وان لكل حلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما ان الى قوله
حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء به فجاز
ان يرجو ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضى بينهما
نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوايهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم
الغاصب لاخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببدله او باقراره وذلك حجة
حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرم فلو قضى
القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير
انه يحلف الثاني ولو نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني
لانه يعدمه اما بنفسه او بالفرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رحمه
انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لصادفته محل الاجتهاد
لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرب للاداء ثم لا يحلف الثاني
ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما اهبه
عليك هذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا ولا اتملكه قال يتبغي ان لا يحلفه عند
محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة
دفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله خلافا له فهذا فرع تلك المسئلة وقد وقع
فيه بعض الاضطراب

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا
من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رحمه الله يقول هي اباحة
الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع
الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن
نقول انه يبنى عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد
بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض

وبغير عوض ثم الاعيان تقبل التوقيت فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة
ولفظ الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة
وهي تمليك وكذا الاعارة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضارة
ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك جهالة والنهي منع
عن التحصيل فلا تحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر
على ما نذكر ان شاء الله تعالى قال ويصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطلاقه
هذه الارض انه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة
اذا لم يرد به الهبة لانها تمليك العين وعند عدم ارادته تحمل
على تمليك المنافع تجوزا قال واحد منذ عبدا لانه اذن له في
استخدامه ودادي لك سكنى لان معناه سكناها لك ودادي لك عمري سكنى
لانه جعل سكناها لك مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه
يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية
متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع
تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم تؤجر لم يتصل به القبض
فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة لو هلكت من غير تعد لم يضمن
وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق
فيضمنه والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب
الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام
الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض لو اباحتها والقبض لم يقع تعديا
لكونه مأذونا فيه والاذن ولئن ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع
فلم يقع تعديا وان وجد الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير
لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في
العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان

يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشئ
لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون
بتسليط من المعير وفقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد
الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم
يتناوله العارية كان غصبا ولنشاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير
اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر
انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه
كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال وله
ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله
ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك
الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها
موجودة في الاجان للضرورة وقد اندفعت بالاباحة وانما لا تجوز فيما
تختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير انه رضي
باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة
مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت
والانتفاع والمستعير ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا
بالاطلاق والثاني لم تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما
سماه عملا بالتقييد الا ان تكون خلافا الى مثل ذلك او الى خير منه
والخياطة مثل الخرز والثالثة تكون مقيدة في الوقت مطلقة في
حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو
استعاره دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل
لا تتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا
لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره

انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين
المستاجر على المواجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون
الرد فان منفعة قبضه سالمة للمواجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة
رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى
يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار
دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي
القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها حتى ضيعها وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد
كالة البيت فلو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المرابط وان استعار
عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلم اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب
او الوديعة الى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن لان الواجب على الغاصب
فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك برد ها
ها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف
العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا
الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها
مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او
او مشاهرة لانها امانة فعليه ان يحفظها ممن يعيد من في عياله كالمودع
الاجير مياومة ليس في عياله ولهذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره
لان المالك يرضى به الا يرى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل
هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وصرفيه وفي غيره وهو الاصح
لانه ان كان لا يدفع اليه دابا يدفع اليه احيانا ولو رد ها مع اجنبي
ضمن وذكر المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض
المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واقول هذه المسئلة بانية

انه تعيين المكان قال ولو اركب عبده ليس له ان يركبه بنفسه حتى لو فعله ضمنه
لانه تعيين للدكاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك
عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذكر الهبة او القرض ادناهما فيثبت
او ان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قال وهذا
اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها
ميزانا او يزن بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له المنفعة المسماة وضمان كما اذا
استعار آنية ليجعل بها او سيفا ليقاتل بها قال واذا استعار ارضا
ليبني فيها او ليغرس جاز والمعير لا يرجع فيها ويكلف قلع البناء والغرس اذا رجع
فلما بينا اما الجواز فلانها معلومة عادة بالاجارة فكذا بالاعارة واذا اطلق
الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغه ثم ان لم يكن وقت
الاعارة فلا ضمان عليه لان المستعير مغرور حيث اعتمد اطلاق
العقد من غير ان يسبق منه الوعد ولو كان وقت العارية فرجع قبل الوقت
صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص
البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء
بالوعد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكر القدوري رحمه الله في المختصر
وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه
وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعها ولا يضمنه قيمتها فيكون
له ذكر انه ملكه قالوا اذا كان بالقلع ضرر بالارض فالخيار للمالك في الرجوع
صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها
لم يؤخر منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان لنهايته معلومة وفي الترك
مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس لنهايته معلومة فيقلع دفعا للضرر
عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه

الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب
انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يكتب انذاعرتني لان لفظ الاعارة
موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة
الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها
كالبناء ونحوه فكانت الكناية بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع
وتصح بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله
يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا
قوله عليه السلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه
ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم
يتبرع به وهو التسليم فلا يصح كالوصية لان ثبوت الملك
فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث
متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذنه
الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له
الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف
في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان
القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت الملك له
وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على
القبض كالايجاب اذا قبض بعد الافتراق لان انما اثبتنا التسليط
فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف
ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعارض المقابلة الصريح
قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت وسلمت واعطيت لان الاول

صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال النبي عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل
هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا اشعر بقوله
اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء و
حملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا
اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك
هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اكل غلتها
واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلم
في اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار
لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الارکاب حقيقة فيكون
عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك
فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به
التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه
منه ولو قال احتكر هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال
داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية تحكم في تمليك
المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال
عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما
قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس
بتفسير فهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير
له قال ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع
فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك
فيصح في المشاع كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو
الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية و
لنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا

لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب وهو في تجويزه الزام ما لم
يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم
بخلاف الا يقسم لان القبض الناجز هو المكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه
مؤنة القسمة والمهاياة كما يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة
لا تعم العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما
البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها
عقود ضمان فتناسب لزوم القسمة والقرض يتبرع من وجه وعقد
ضمان من وجه فشرطنا القبض الناجز دون القسمة عملا بالشبهين
لان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار
على نفس الشيوع مال ومن وهب شقصا شائعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان
قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع مال ومن
وهب قفيزا من صبرة او دهنا من سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم
يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استحرجه
الغاصب بملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد
الا بالتحديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع
والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والثمر في النخيل بمنزلة
المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع قال
اذا كان العين في يد الموهوب له فلها بالهبة وان لم يجدد فيه قبضا لان
العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض
في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون
فينوب عنه واذا وهب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد
لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده
او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا

او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل
الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له و
كذا كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه من التصرف ما
الدار بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب اليتيم هبة
فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء
ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجره فقبضها له جائز لان
لها الولاية فيما يرجع الى حفظ وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى
الا بالمال فلا بد من التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لانه
يرا معتبرا الا يرى انه لا يتملك اجنبي اخر ان ينزعه من يده فتملكها يتحقق
نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا
لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها
بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه
مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد
موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة
لا بتفويض الاب مع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من
واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قبضها جملة فلا شيوع ولو
وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز لان هذه
هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين
دارا وله ان هذا هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل
احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك
لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس
ويثبت لكل واحد منهما كلا ولهذا لو قضى دين احدهما لا سترد شيئا من الرهن
وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها

لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين أيضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لأن كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الأصل سوى فقال وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الأصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف رحمه الله فيه روايتان فأبو حنيفة رحمه الله مر على أصله وكذا محمد رحمه الله والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض تظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض والله أعلم

باب الرجوع في الهبة

قال وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ولأن الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لا يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي لم يعوض ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت له ولاية الفسخ عند فواته إذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع وإثباته للوالد لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال إلا أن يعوضه

موانع الرجوع في فصل الهبة
يا صاحبي حروف دمع خزقه
فالدال الزيادة والميم موت الواهب والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب

عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال أو يموت أحد المتعاقدين لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حياته وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه قال أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه قال فإن وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها لأن هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع منها شيئا له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الأولى قال وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع قال وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح قال وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه

لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان
يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض
الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض
له الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض
ولم يسلم فله ان يرد الباقي والا رجع بقيمة ما هلك ورجع
في النصف الذي لم يعوض لان المانع حق النصف قال ولا يصح الرجوع
الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهن وفي
حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى
لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن
لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض
غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنع بعد طلبه لانه تعدى واذا
رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض
الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ
فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد
بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا
قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن
الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه قد تبرع فلا يستحق فيه
السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة
الرجوع لانه غير مال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض
في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح
العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه
الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله هو بيع ابتداء وانتهاء
لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني

ولهذا كان بيع العبد نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين
فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر
الملك الى القبض وقد تتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم
وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد
منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل**
قال ومن وهب جارية الا حملها صح الهبة وبطل الاستثناء لان
لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا
على ما بيناه في البيوع فتنقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما
في بطنها ثم وهبها لم تجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شيء من ذلك
ممكن تنفيذ الهبة فيه لامكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو
مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها
او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يردها
عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل
لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل
بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط العمر بخلاف
البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط لان الشرط الفاسد في معنى
الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن
له على آخر الف درهم فقال لها لك او انت منها بريء او قال اذا ادّيت
الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان
الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه الدين
ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان عليكما وو
من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا

يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي
لا تحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعراها والـ والعمرى جائزة
للعمر حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره
له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما
روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطل
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جائزة لان قوله دارك
لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عليه السلام
اجاز العمرى وردّ الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهي لك
واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر
فيبطل واذا لم تصح يكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع
به وصح في الصدقة والصرقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع
كالهبة لا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في
الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على
غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا
وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قالـ ومن نذر
ان يتصدق بماله يتصدق بثلثه وهو الرأي وقد ذكرنا الفرق وهو
الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك
الى ان تكتسب مالا فاذا اكتسب تصدق مثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع
والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة
التمليك الى ما لم يوجد لا تصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت

وصح

الاثار منها قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه
وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتعتبر ساعة فساعة
على حسب حدوث المنفعة والدراهم تقام مقام المنفعة في حق اضافة العقد
اليها لانها تنبسط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا
حال وجود المنفعة ولا يصح حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة
لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة
الثمن والمثمن في البيع وانما جاز ان يكون ثمن البيع جاز ان يكون اجرة
لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة
ايضا كالاعيان وهذا اللفظ لا ينفي صلاحيته عبرة لانه عوض مالي والمال
تارة تصير معلومة كالاستيجار للركوب والارضين للزراعة فيصح
العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر
المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة
الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة والتحقيق الحاجة اليها
عسى الا ترى ان الوقف لا يجوز الا جارة الطويلة كبلا يدعى المستاجر
ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار قالـ وتارة تصير معلومة
بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة
ليحمل عليها مقدارا معلوما او مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون
الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة
صارت المنفعة معلومة يصح العقد وانما يقال الاجارة قد تكون عقدا
على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك
في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الواحد ولا بد
من بيان الوقت قالـ وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة
كمن استاجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا

منفع وله مطالبة فى نفس العقد [illegible] وجوه
حق له يكون له فكان المستاجر بشرط التعجيل ابطل حقه فيصح برضاه
لانه عمل بعد انعقاد سبب الوجوب وهو العقد وانما لم يعمل فى الحال الملك فى الاجر فى الحال
لتحقق المساواة فاذا عجل فقد رضى بابطال حقه فصح كالو عجل الزكوة قبل الحول وكالدين
الموجل اذا عجل وكالبائع اذا سلم المبيع قبل استيفاء الثمن فصح لانه بعد سبب الوجوب

اراه ما ينقله والموضع الذى تحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد والله اعلم

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعى رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيا فشيا على حسب حدوث المنفعة على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك فى الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل بغير شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب فى بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ فى بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذا اجارة الاراضى لما بيناه ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه هو العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس تقتضى استحقاق الاجر ساعة فساعة ليتحقق المساواة الا ان المطالبة فى كل ساعة تفضى الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر

تقتضى

به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجر حتى يفرغ من العمل لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل فى بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضى الله عنه هذا وعند ابى حنيفة رحمه الله لانه امانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرا الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يومن من الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو الذى يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابى حنيفة ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا يرى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر فى العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه عند ابى حنيفة رحمه الله لانه غير متعد فى الحبس فبقى امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا

وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه صح

وعليه الضمان بالاجماع

ضمنه صح

وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تع وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له

ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قايم

في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولايه الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا

بخلاف الآبق حيث يكون المراد حق حبسه استيفاء الجعل والاثر لعمله لانه

كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي

ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين

لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال

بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط

حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البايع قال واذا شرط على

الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل الصنع في

محل بعينه فيشتمل عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله

ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكنه ايفاؤه بنفسه وبالاستيجار

ستعانة بغيره فنزله منزلة ايفاء الدين

فصل

ومن استاجر رجلا ليذهب بطعامه الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرجع

فلا اجر له وقالوا جميعا انه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام كلا

مسئلة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة

على ما مر والله اعلم

باب

ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى

فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شئ للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لان

يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الارض

سنين للزراعة لانه منفعة مقصودة فيها والمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة

تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع

لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الحشيش

والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا

يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما

يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع

ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة

قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او

شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي كم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه

ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لها فنفى اقتضاءها اضرار

بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر المثل

الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن دفع الجهالة بذلك قال

ان اختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا اذا لم

يرض صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه

قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله
ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض
رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا تنتهي لها فاشبه الشجر قال ويجوز استئجار
الدواب للركوب والحمل انه منفقة معهودة فان اطلق الركوب جاز ان يركب
من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب
غيره لانه تعين مراده من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه
نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق
اللفظ وتفاوت الناس في اللبس ولو قال على ان يركبها فلان او يلبسه
فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون
في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل لما ذكرنا واما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل
اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التفاوت غير مفيد لعدم التفاوت
والذي يضر بالبناء فارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا وقدر الحمل
على الدابة مثل ان يقول حمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة
في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم
التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل عليها مثل وزنه
حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع
من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها وان استاجرها ليركبها فاردف
معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة
يعظمها حمل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية
ولان الاذن غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر بعدد الراكب
كعدد الجناة في الجنايات فلو استاجرها ليحمل عليها مقدارا
من الحنطة فحمل عليها الثلث منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه

قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله
ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض
رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا تنتهي لها فاشبه الشجر قال ويجوز استئجار
الدواب للركوب والحمل انه منفقة معهودة فان اطلق الركوب جاز ان يركب
من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب
غيره لانه تعين مراده من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه
نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق
اللفظ وتفاوت الناس في اللبس ولو قال على ان يركبها فلان او يلبسه
فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون
في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل لما ذكرنا واما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل
اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التفاوت غير مفيد لعدم التفاوت
والذي يضر بالبناء فارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا وقدر الحمل
على الدابة مثل ان يقول حمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة
في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم
التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل عليها مثل وزنه
حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع
من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها وان استاجرها ليركبها فاردف
معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة
يعظمها حمل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية
ولان الاذن غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر بعدد الراكب
كعدد الجناة في الجنايات فلو استاجرها ليحمل عليها مقدارا
من الحنطة فحمل عليها الثلث منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه

لانه عطب بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم
عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها
لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة ولان لتلف الدابة بالحمل مرة
او ضربها فعطبت ضمن عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل
فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان عاملا
باذنه فلا يضمنه وروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة
لتحقق السوق بدونه وانما هو المبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور
في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوزها الى الغاضرية ثم ردها
الى الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذلك العارية قيل هذا ويلزم هذه المسئلة
اذا استاجرها ذاهبا لانه جاوز ما يتناوله العقد بالوصول الى الحيرة
فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اذا استاجرها
ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق
قيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق لزفر المودع مأمور بالحفظ
مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد
نائب المالك وهنا الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال
لا مقصودا اما اذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود
وهذا اصح وعلى هذا لو استرى حمارا ليسرج فنزع ذلك البسرج واسرجه بسرج
بمثله الخمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول يتناوله اذن المالك
اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه والوزن يضمن
الزيادة وان كان البسرج بمثله لخمر ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته
فصار مخالفا ولان اوكفه باكاف لا يوكف الخمر بمثله يضمن لما قلنا
وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الخمر ضمن عندنا خلافا لزفر رحمه الله
وقالا لا يضمن لحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الخمر كان هو والبسرج سواء

لانه عطب بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم
عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها
لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة ولان لتلف الدابة بالحمل مرة
او ضربها فعطبت ضمن عندنا رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل
فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان عاملا
باذنه فلا يضمنه وروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة
لتحقق السوق بدونه وانما هو المبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور
في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوزها الى الغاضرية ثم ردها
الى الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذلك العارية قيل هذا ويلزم هذه المسئلة
اذا استاجرها ذاهبا لانه جاوز ما يتناوله العقد بالوصول الى الحيرة
فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اذا استاجرها
ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق
قيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق لزفر المودع مأمور بالحفظ
مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد
نائب المالك وهنا الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال
لا مقصودا اما اذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود
وهذا اصح وعلى هذا لو استرى حمارا ليسرج فنزع ذلك البسرج واسرجه بسرج
بمثله الخمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول يتناوله اذن المالك
اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه والوزن يضمن
الزيادة وان كان البسرج بمثله لخمر ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته
فصار مخالفا ولان اوكفه باكاف لا يوكف الخمر بمثله يضمن لما قلنا
وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الخمر ضمن عندنا خلافا لزفر رحمه الله
وقالا لا يضمن لحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الخمر كان هو والبسرج سواء

فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زايدا على السرج في الوزن فيضمن
الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من
جنسه وابو حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل
والسرج للركوب ولان السرج ينبسط اثره على ظهر الدابة فلا ينبسط
عليه الآخر فكان مخالفا اذا حمل الحرير وتد شرط له الخياطة وان
استأجر حمالا ليحمل له متاعا في طريق كذا فاخذ في طريق غير يسلكه
الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن
بين الطريق تفاوت ومعلوم ان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان
يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان
طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان طريقا لا يسلكه الناس فهلك
ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع
الخلاف معنى ان بقي صورة قال وان حمله في البحر فيما يحمل الناس
ضمن لفحش التفاوت بين البحر والبر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود
وارتفاع الخلاف معنى ومن استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها
وطبقه ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانشاد
عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن
ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب الارض على ما قررنا من قبل ومن
دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بردهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة
الثوب ولمن شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ردهم قيل
معناه القرطق الذي هو خوطاق لانه يستعمل استعمال القباء وقيل
هو محمول على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر
انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص في الجملة

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط التي تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى
انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز
به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا
ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة
الناس فيتقدر في الفاسد بالضرورة وفي الصحيح منها لان الفاسد شبيه له ويعتبر
ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنها اذا اتفقا على مقدار في الفاسد
فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم تجب بدلة المسمى لفساد
التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي
فان صحت التسمية انتقل اليه والا فله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم
فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد فيما بقي الشهور الا ان يسمي جملة الشهور
معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف
الى الوافر لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما فصح
العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى انقضاء ذلك كل شهر لان كل شهر
اوله انه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا الزمن الذي
في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان
يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها
لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم

والموافقة فيميل الى اي جهة شاء الا انه يجب اجر المثل المقصود جهة
الموافقة ولا يجاوز به الدراهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة
على ما نبينه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل
يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير لان اصل
المنفعة وصادكمن امر بضرب لبن فضرب طينا من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا

جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم
فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء
المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات
كلها في الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي
ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها
بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند
ابي حنيفة رحه وهو رواية عن ابي يوسف رحه وعند محمد رحه وهو رواية
عن ابي يوسف رحمهما الله الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار
اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدى
الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر
في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف
الناس فلم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما راه المسلمون
حسن فهو عند الله واما الحجام فلما روي انه عليه السلم احتجم واعطى الحجام
الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جايزا ولا يجوز
اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه
السلم ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجر عليه قال ولا الاستيجار
على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان
كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار على عمل معلوم غير
متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلم اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به
وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت
مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت
عن العامل ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في
الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى

حسن

عليه عندنا وعند الشافعي رحه يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار

قوله بهذا المال استيفاء يعني
ان حق الغريم يثبت في ماله من حيث الا
ستيفاء منه عند موته ويستند الوجوب
الى اول مرض موته فيصير اقرار المريض
بعدما تعلق حق الغريم به فيصير محجورا
كمن رهن ماله او آجر ثم اقر به لغيره
حيث لا ينفذ في حق المرتهن والمستاجر
وانما قلنا ان حق الغريم تعلق بماله
عند الموت مستندا الى اول مرضه لاجماعهم
على انه لو وهب شيئا من ماله في مرضه صح
وصار ملكا للموهوب له حتى لو كانت
امة حل له وطيها واذا مات وعليه دين
مستغرق بطلت الهبة ولزمه ردها
ولولا ان حق الغريم استند الى المرض الا
لما بطل ولا يلزم اذا اقر بدين ثم بدين
لان حق الغريم انما يثبت عند الموت ثم
يستند ويصير المريض محجورا لحق الغريم
في اول المرض وانما يثبت الدين بعد فانه
لو وهب ثم اقر بدين مستغرق ثم مات بطلت
الهبة كما لو وهب بعد ثبوت الدين في
اسرار

قوله وليس هذا الفرق الى آخره ذكر
التمي الفرق بين الوديعة والاجارة
والاعارة والاسكان بانه ذكر في الوديعة
لفظ الاخذ وهو سبب الضمان اما في الاجا
رة واختاه فقد ذكر الوضع وهو ليس
بموجب للضمان لان الوضع فعل الغير وهو
المقر له فلا يكون اقرارا على نفسه لم
يوجب الرد وقال ابو الحسن القدوري
هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا رحمه الله
ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ ايضا
في الاجارة والاعارة وذكر فيهما انه
قال اخذتها الذي اجرتها اخذتها منه
وهو المقر له والفرق الصحيح ما ذكر
في هذا الكتاب لان اليد ليست بمقصودة
بل يثبت ضرورة الانتفاع فلم يثبت له
اليد الا في حكم الانتفاع خاصة ولم يبق
له اليد ايضا لانتهاء الاجارة اما في
الوديعة فحقه على المقر خلافا لليد
لانه يثبت قصدا واعتبر مطلقا لان
حصوله يشترط الشروط والضمني
لشروط المتضمن

قال المص لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال اقول وبهذا يخرج الجواب عن قوله
ومحل الوجوب الذمة فان الدين يتعلق بالمال عند الموت لخراب الذمة
وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب الى اول المرض ويمكن ان
الدية تتعلق بالمال عند الاقرار اليه اشار في المبسوط قال المص وبهذا
منع من التبرع والمحابات الا بقدر الثلث اقول التبرع بظاهره
عبارة تستقيم كما لا يخفى على المتأمل ثم رأيت في الكفاية ما يصلح كونه
جوابا عن ذلك وهو هذا الاستدلال بالعام ليحصل التقريب
بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه
الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو
اضعف الحقين فلان يمنع فيما اذا تعلق به حق الغرماء وهو
اقوى اولى انتهى وانت خبير بان عدم استغناء الغير بعد
قال المص بخلاف لانه من الحوائج الاصلية اقول ليس
ان بعد اضافة مع الحوائج الاصلية وابطال
يبقى الا قضاء الدين فان البضع ليس بمال متقوم فما الفرق
حق الغرماء بعد ثبوت الدين هنا لما كان النهي حتى يكون
وجوابه انهم نظروا فليتأمل قال المص لان الاول حال الطلاق
قضاؤه من الحوائج الانسب لقوله حال الاطلاق الا الاقبال سعدي افندي
وهذه حالة تحجر اقول سبقني اليه الاتقاني
هو حالة حجر

من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا
رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور
الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال ولا يجوز
الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية
والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رحمه
الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يؤاجر نصيبا من دار
او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان المشاع منتفع به وهذا
يحب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او
من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا
يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما
لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع
بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد لا
بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط
الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل تحت
على ملكه فلا شيوع ولا اختلاف في النسبة لا يضر على انه لا يصح في رواية
الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس شرطا
للبقاء وبخلاف اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة لهم الشيوع بتقرر
الملك فيما بينهما طاري قال ويجوز استيجار الظئر باجر معلوم
لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان
جاريا في عهد رسول الله عليه السلام وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع
على الخدمة وهي حرمتها الصبي والقيام به واللبن يستحق كما طريق التبع
بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة
ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد

الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب
لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن شاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما
ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال
ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لان
الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها بالخبز والطبخ ولابي حنيفة ان الجهالة فيه لا
تفضي الى المنازعة لان الطعام محمول العضو والقدير وكذا الكسوة
تفضي الى المنازعة لان التفاوت اليسير عفو والتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد
فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة
وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها
وزرعها فهو جائز بالاجماع ومعنى تسمية الطعام الدراهم ان يجعل الاجرة دراهم
ثم يرفع الطعام مكانه وهذا الاجارة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا
لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء
عند ابي حنيفة رحمه الله على ما قدمنا وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط
الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار
مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستأجر
يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج فلا يمكن من ابطال حقه الا ترى
ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستأجر يمنع
عن غشيانها في منزله لان منزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة
اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يضر الصبي وهذا كان
لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها
والحاصل انه تعتبر فيه الانفق عليه العرف مثل هذا الباب فما جرى به
العرف من عمل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر اما
الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد رحمه الله ان الرهن والرهان على الظئر
فذلك من عادة اهل الكوفة فان ارضعته بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت

بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا انجاد وليس بارضاع فانما
يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل قال ومن دفع الى حائك
غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا للحمل
طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله
فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عليه السلام وهو ان
يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير
يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه لان
المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول اذ حصوله
بفعل الاجير فلا يقدر هو قادرا بقدرة غيره وهذا خلافا لما اذا استأجر
ليحمل نصف طعامه بالنصف لان الاجر حينئذ لا يجب الا اذا حمل
المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر
رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو
عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا
يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسرت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن
اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب
حيث يجب للاجير بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك عين
معلوم فلم يصح الحط قال ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة
المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله هو جائز لانه جعل المعقود عليه العمل وجعل
ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فيرتفع لجهالته ولابي حنيفة ان المعقود
عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر
العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني
ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح اليوم

الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه
العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر ارضا
على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها وهو جايز لان المزارعة تبنى
بالعقد ولا تبنى المزارعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا
وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد
فان اشترط ان تلتبنها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه
بقي اثره بعد انقضاء المدة فانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير
مستاجرا منافع الاجير على وجه بقي بعد المدة فيصير صفقتان في
صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتبنيه ان يردها مكروبة ولا
شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا موضع تخرج الارض الزرع
بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا يبقى منفعته
فليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منه الانهار العظام هو
الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجرها
ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جايز
وعلى هذا الاجارة السكنى بالسكنى والليس بالليس والركوب بالركوب
له المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير
دينا بدين ولنا ان الحبس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع
الخمر بالخمر وهي بالفوهي بسببه والى هذا اشار محمد رحمه الله وان الاجارة جوزت
بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف
جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما
صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه يحمل الطعام كله فلا اجر له وقال
الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شايعا جايز

وصار كما اذا استاجر ابا مشتركه بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام
او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجه
له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع لانه تصرف
حكمي ولا يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان من
حمله الا وهو نائب شريكه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف
الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع وتتحقق تسليمها
بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك
نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن انتفاعه في الشايع ومن استاجر
ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض
تستاجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض
ما لا يضرها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل
فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع
فاسدا فلا ينقلب جايزا ووجه الاستحسان ان الحالة ارتفعت قبل تمام
العقد فيستقر جانبا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا استاجر
الاجل المجهول قبل مضيه ولخيار الزايد في المدة قال ومن استاجر
حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه يحمل ما يحمل الناس وينقص
نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر
وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما
ذكرنا في المسئلة الاولى وان انتصفا قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل
ان يزرع نقضت الاجارة رفعا للفساد اذا الفساد قايم بعد والله اعلم

باب ضمان الاجير

قال الاجير على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق
الاجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ لان المعقود عليه اذا كان

هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة

لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان

هلك لم يضمن شيا عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا قول زفر رحمه الله ويضمنه عندهما

الا من شي غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي

رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ

لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة

كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن

الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير

من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض حصل

باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا

لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا

لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا

حتى يقابله الاجر قال وما تلف من عمله كتخريق الثوب من دقه

وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة

من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل

مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد

ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد

وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة

حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف

المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن

فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله

وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن

به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه

وقوده

١٢٩

وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية

ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال

واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق

فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان

شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه

اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل

وكل ذلك من فعله واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل

شي واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر

وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند

الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما

استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد

الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه

فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة رجل

بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل

واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية

لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح

من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته

تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي

يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة

او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه

في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر

مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف

في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه

ما نطق به كل واحد منها ساكت عنه الاخرى

بان انكسر القدوم في عمله
او خرق الثوب عند دقه
هذا اذا لم يتعمد الفساد

وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع اعتساف
عندهما لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون
السلامة غالبا فيه وخرفيه بالقياس فاما الثاني فلان المنافع متى صارت
مملوكة للمستأجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح وتصير نائبا منابه فصار
فعله مضافا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله اعلم

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال الخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهم
جاز وای عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال الصباغ
ان صبغته بالعصفر فبدرهم وان صبغته بالزعفران فبدرهمين وكذا اذا اختار
بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة
وكذا اذا اختاره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة
بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا اختاره بين ثلاثة اشياء وان اختاره بين اربعة
لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الجاهلة غير انه لابد من شرط
الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك
يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة
على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال لزخطته اليوم فبدرهم
وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاط اليوم فله درهم ولو خاط غدا فله
اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص
من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليها الشرطان
وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر مقابلته بالثمن
على البدل فكان مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتأخير فيه
فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتأخير وذكر الغد للتعليق
فلا يجتمع في كل يوم تسميتان وان التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة

اختلاف النوعين وعند ابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن
جعل اليوم على الساقط لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل و
اذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى و
يفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم
الثاني فيعتبر لمنع الزيادة ويعتبر المسمى الثاني لمنع النقصان فان خاط اولى من رعيه ومصر
في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح
لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى بعد الغد اولى ولو قال لئن
سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ولئن سكنت حدادا فبدرهمين جاز وايهما
الامر بفعل اسحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اجارة فاسدة وكذلك
ان استأجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم ولئن سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو
جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة فبدرهم
ولا يجاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها
الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم ولئن حمل عليها كر حنطة
فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان يجوز وجه قولهما ان المعقود
عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف
خياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اتفاقا في
هذه المسايل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتنتفي الجهالة وهذا الحرف هو الاصل
عندهما وابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في
مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه كان اسكانه الحداد
الا ترى انه لا يرجح ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والجهالة
لا تفضي الى المنازعة وعنده ترتفع الجهالة ولو اختلفا في الالحاق مجرد التسليم يجب اقل الاجر
للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط وربّ الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقرّ به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن وعناه ما تبرّ من قبل انه بالحياد لئن شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله ولان خير مسلة الصبغ اذا حلف لئن شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ولئن شاء اعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته على غير امري فالقول لصاحب الثوب لانه ينكر تقوّم عمله اذ هو مشغول بالعقد وينكر الضمان والصانع يدّعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل اجيرا خاصا فالقول له فله الاجر والا فلا لانه سبق منه ما يعيّن جهة الطلب باجر معتاد هما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجل اجر جرى مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله انه منكر والجواب عن استحسانيهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضرّ بالسكنى فله الفسخ لانّ المعقود عليه المنافع وانها توجد ساعة فساعة فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة

السفر اشتمل على زيادة مشقة فلا ينتظمه الاطلاق ولهذا جعل السفر قدرا فلا بدّ من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار وان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعيّن الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الثوب ومن استاجر عبدا محجورا على شهر واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذه منه لان الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا وقع من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ مسالما فصار على اعتبار هلاك العبد والنافع ما دون فيه كقبول الهبة واذا اجاز لم يكن للمستاجر ان يأخذه ومن غصب عبدا فآجره العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه لان الاجارة قد صحت على ما مرّ وله ان الضمان يجب باتلاف محرز وان التقوم بالاحراز وهذا غير محرز لان العبد لا يحرز نفسه عن الاعراض فكيف يحرز ما في يده وان وجد للمولى الاجر فانما يعيده اخذ لانه وجد عين ماله وتحور قبض العبد للاجر في قولهم جميعا لانه ما دون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مرّ ومن استاجر عبدا هذين الشهرين سهرا اربعة وسهر الخمسة فهو جائز والاول منهما ما ربعه لان السهر المذكور اولا يصير فاصلا ما يلي العقد بتخلل الحولين او نظرا الى ما تتحقق به الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهر الدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو ابق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بما عليه فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المولى لانهما اختلفا في وقت العيب وهو محتمل فيرجع تحكيم الحال او هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه لاجله الاختلاف في جريانه الظاهر وانقطاعه

فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤاجر ما ازال
به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع
شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه
قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض
وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا رحمهم الله من قال ان العقد لا ينفسخ
لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد رحمه الله
ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على
انه لم ينفسخ ولكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير
الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه قال واذا مات احد المتعاقدين
وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة
او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث
وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي
في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة
وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله
لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليم ايضا
على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض
فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع
وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار
الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيستبد
به دونه وبهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤاجر بعد مضي بعض
المدة قال وتنفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنفسخ
الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه
البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في

١٣٢

الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد
عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر
عندنا وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او
استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في
المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استأجر دكانا في السوق
ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمه ديون لا
يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان
في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس
لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر
الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال
في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل
على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل
القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه
فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا
يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر
ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على
موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر
او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد و
يبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب
على رواية الاصل وروى الكرخي رحمه الله انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه
عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه
بالمضي على موجب العقد الا فوت الاسترباح وانه امر زائد واذا استأجر
الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على

موجب العقد لفوات مقصوده وهو راس المال وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه
اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس
فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد
الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا
استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا
ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان
فامكنهما ومن استاجر غلاما للخدمة في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن
الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق والمنع من السفر ضرر وكل ذلك
لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف
ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة
بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر
او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر والله اعلم

مسايل منثورة

قال ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض
اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في
دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت
مضطربة يضمن لان موقد النار حينئذ يعلم انها لا تستقر في ارضه قال
واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز
لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته
يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا يضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا
يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز
وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة وقد يفضي الى المنازعة وجه الاستحسان
ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع له وما فيه من الجهالة
يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير

الوطا

لان تجارته تنقطع بالافلاس

اي استاجر عبدا للخدمة مطلقا

مواجر

جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود

والضمان بالتسبيب يعتمد التعدي

والهدو السكون

استحسانا

اي الجهالة قدر المحمل من الطول والعرض والثقل لان المحمل تتفاوت

اي يجوز

الوطاء والدثر وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة
واقرب الى تحقق الرضا قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من
الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى
في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل او الموزون
ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك
صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا
وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح
وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية
معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد
العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو
فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه
ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على
مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما
اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق باداته وان لم يقل المولى اذا
اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
ولا يجب حط شيء من البدل كما قاله البعض اعتبارا بالبيع قال
ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان القليل
لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان
احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا

اي رقبة في العتق

اي قبل عقد الكتابة

فانه يجوز حالا عندنا لانه عقد بين حرين

والدليل على ان المراد هو الصدع
قوله تعالى [illegible] المال [illegible]
الا انه مطلقا هو العبد فقط

ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم وانه عقد معاوضة والبدل
معقود به فاشبه الثمن في السلم في عدم اشتراط القدرة عليه لحلول
السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه
ولان مبنى الكتابة على المسامحة فيتمهل المولى ظاهرا لخلاف السلم
لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق
قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع
لان الحاجة والمقبول اذا العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في
حقه والساقي لخلافنا فيه وهو بناء على صحة اذن الصبي في
التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول
لا يتحقق منه فلا تنعقد الكتابة حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد
ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الف درهم اذا جئتني بها فانت حر
كذا واخر كذا فاذا ادتها فانت حر وان عجز فانه قنه فان هذا
مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة قال واذا ادت بها فانت حر
فانت حر وهذا مكاتبة في رواية ابي سليمان رحمه الله لان التنجيم يدل على الوجوب
وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة اعتبارا
بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من ملك المولى
ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم
فضم مالكيته الى مالكية نفسه او لتحقق مقصود الكتابة وهو
اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه
المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة و
مبناه على المساواة وبتعدم ذلك يتأخر العتق ويتحقق تاخره لانه
يثبت له نوع مالكية ويثبت له الزامه حتى لو اعتقه عتق لعتقه
لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالحصول

العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر
لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول
الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء على صوم البعض ملحقه
بالاجزاء والاعيان ولو جنى عليها او على ولدها لزمه الجناية لما
بينا وان اتلف ماله لا غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابه ونفسه
اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في المكاتبة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او
خنزير او على قيمته والكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه
المسلم لانه ليس بمال في حقه ولا يصح بدلا فيفسد العقد واما الثاني
فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة فصار كما
اذا كاتبه على ثوب او دابة ولانه منصوص على ما هو موجب العقد الفاسد
لانه موجب للقيمة قال فاذا ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق
لانها باجارة القيمة لان البدل هو القيمة وعلى قول ابي يوسف رحمه الله انه يعتق
باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى
وعلى قول محمد رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال لزاديتها
فانه حر لانه حسد يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتبه على ميتة
او دم فلا حصل في ظاهر الرواية وجه الفرق بينهما وبين الميتة
ان الخمر مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وهو جعل العتق
عند اداء العوض المشروط اما الميتة ليس بمال اصلا فلا يمكن
اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص
عليه فاذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه
رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في
السعاية الفاسد اذا تلف المسعى قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد

عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في
البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا
يبطل حقه في العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق
باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في
الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه
على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال
وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده
شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي
لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة
فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق
وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة
فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود
عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في
النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه
اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عند
الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم
الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود
لانه يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا
والمسألة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز
غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح
والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة
رحمه الله رواه ابو يوسف رحمه الله انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية
لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم

الشرط

الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان
العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه
على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك
في الاصل وقد بيناه من الروايتين في كفاية المنتهى قال وان كاتبه
على مائة دينار على ان يرد المولى عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هي جائزة ويقسم المائة الدينار على
قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا
بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا
يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد
من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال
واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين
الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول
القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة
لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس
كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل
بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة
فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط
الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع
لان مبناه على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز
معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في
حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها
وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته
وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما قبل القبض حيث

نفسد البيع على ما قاله لان القيمه تصلح بدلا في الكتابه في الجمله فانه لو كاتب
على وصيف وأتى بالقيمه يجبر على القبول فجاز لذلك ان تبقى العقد على القيمه اما اذا بيع
فلا يعقد صحيحا على القيمه فافترقا قال فاذا قبضها عتق لان في الكتابة
معنى المعاوضه فاذا حصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر
للعبد وذلك يوجب العتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما لم يجز الكتابه لان المسلم
ليس من اهل التزام الخمر ولوادائها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا
وذلك بالكتابة التصرف مستبدا به تصرفا موصلا الى مقصوده
وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا
السفر لان التجارة ربما لا تسفق في الحضر فيحتاج الى السفر فيه وملك
البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في
اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا
لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو ما لكيه البد على وجه لا استبداد
وثبوت الاختصاص يبطل الشرط ويصح العقد لانه شرط لا يتمكن في
صلب العقد ولا مفسد له لان الكتابة تشبه البيع والنكاح فالحقناها بالبيع في سقوط
شرط يتمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة المولى في المدبر والمعنى ان
الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط لنقص
العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط سهر القياس
القياس قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة لا تجرح قيام
الملك صرونة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن
المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الحجة

والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات
التجارة لانه لا يجد بدا من اضافة او اعارة ليجتمع عليه الجماهير ومن ملك
شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يملك انه تبرع محض وليس هذا
من ضرورات التجارة والا كتساب ولا يملك بنوعيه نفسا وما لا من كل ذلك
تبرع ولا قرض لانه تبرع ليس من الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه
تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر
فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو
قول زفر والشافعي رحمهما الله لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق
على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فملكه كتزويج الامة وكالبيع
وقد يكون هو انفع من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه
والبيع يزيله قبله ولهذا ملكه الاب والوصي ثم هو يوجب الملوك مثل
ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال
فان الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وبضع
اضافه الاعتاق اليه في الحال فاذا انعقد اضافه الى مباشر العقد لعدم
الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا ملك المولى لينعدم
اثباته للعبد لانه ليس من اهل الملك فلو اذا قال بعد ذلك قد عتقت
لا ينتقل الولاء اليه لان المولى يجعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق
وان ادى المأتى بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء
وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبد على مال او باعه نفسه
او زوج عبده لم يجز لان هذه اشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما
الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا
الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد و
تعييبه وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادة

المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي والرقيق الصغير منزلة المكاتب
لانهما ملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر
فيما سواهما والولاية نظرية قال واما الماذون له فلا يجوز له شيء من
ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله له ان يزوج
امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو
قاسه على المكاتب واعتبره بالاجانب ولهما ان الماذون له ملك التجارة
وهذا ليس بتجارة واما المكاتب فملك الاكتساب وهذا من الاكتساب
وانه ضد ملك المال غير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجانة وهي مباحة له

فصل

واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل الكتابة
وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للعقد بقدر الامكان
الا ترى ان الحر متى كان ذلك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم
محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل
بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة يشتطهما ولهذا لا يفترقان في
حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا ملكا غير ان الكسب يكفي لعقد
الولاد حتى لزم انفاق على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا كذلك
غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت
بين ذي الرحم المحرم وقرابة الولاد فالحقناها بالثانية في حق العتق وبالاول
وهذا اولى من العكس لان العتق اسرع نفوذا والكتابة كان للامر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال
واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه
اذا كان معها ولد اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما
امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها
ولان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله

لانها ام ولده حلالا قال ابو حنيفة رحمه الله ان لها ان لم يجز بيعها
وان كان معها ولدها ان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به الاحتمال الفسخ
الا ان يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء على
ان ولد الولد لو بيعت ابتداء والقياس ينفيه وان ولده ولد من اعتاقه له
دخل في كتابته لما بيناه في المشتري فكان حكمه كحكمه ونسبه كنسبه لان كسب الولد
كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك
اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها فولدها بمنزلتها
الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما
فولدت ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعيته الام ارجح
ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال واذا تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة
ثم عجزت اي عجزت عن ادائها فولدت منه ثم استحقت فاولاده عبيد ولا يأخذهم
المكاتب بالعقر وكذلك العبد ياذن له المولى في التزوج وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اولاده احرار بالعقر لانه
الجزء شبيه بهذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال
حريته الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل
ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفناه هذا الاصل في الحرية باجماع الصحابة
رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك محمود بقيمه ناجزة
وههنا بقيمه متأخرة الى ما بعد العتاق يبقى على الاصل وله ان يخيف به قال
وان وطئ المكاتبة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل
العقر يؤخذ منه في المكاتبة ولم يوطيها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى
تعتق وكذلك الماذون له ووجه الفرق لنا في الفصل الاول ظهر الدين في
حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها
لانه لولا الشراء لما سقط الحد ومالم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في

الفصل الثاني

لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال واذا اشترى
المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك
العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا وتارة يقع
فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت
على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية
عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى
وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة
الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها
بنفسها وبمنافعها على ما قدمناه ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط
عنها بدل الكتابة فان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث
لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر
ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم
يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى
بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها
قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل
الموت وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية وان مات المولى
عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة
لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن
توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير
انه يسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في
حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت
المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته

جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت
مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان
تسعى في ثلثي قيمتها او جميع بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله تسعى في الاقل منهما وقال محمد رحمه الله تسعى
في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار وفي المقدار
فابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار ففرع تجزي
الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان عبدا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين
معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق
بعضها فهي حرة ووجب عليها احد البدلين فتختار الاقل لا محالة
فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رحمه الله انه قابل البدل بالكل وقد
سلم لها الثلث بالتدبير ومن المحال ان يجب عليها البدل بمقابلته الا ترى
لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا
يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان
جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل
وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة
لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم
المال بمقابلة ما يستحق حريته فصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم
طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية
لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي
تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال
وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على
الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة
في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار

ان يشاء سعت في ثلثي مال الكتابه او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا
تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرناه
اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه
عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابه لانه ما التزمه الا
مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابه وان كانت لازمة
في جانب المولى لكنه تفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه
بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابه في حقه قال وان
كاتبه على الف درهم الى سنه فصالحه على خمسمايه معجلة فهو جايز وفي
القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان
ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر وفي مكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل
في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال
وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربوا
ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون
شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا و
الاجل شبهة فيه قال واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنه
وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي
الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفه وابي يوسف
وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة
بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امراته
على الف درهم الى سنه جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع
المسمى بدل الرقبه حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثه متعلق
بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع
بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثه

بتاويل المكسوب او المال

بان كان لرجل على حر دين موجل فصالحه على نصفه

والربوا انما حرم في العقد من كل وجه

اي التاجيل لان المريض لم يتصرف في حق الورثه

على القيمه

من الالف

اي بطريق الاولى لان التاجيل اهون من الابطال

من حق الاخذ بالشفعه وجريان بيع المرابحه وحق الحبس والمطالبه

يتحقق بالفين ان الشفيع ياخذ الدار بجميع المسمى وهو الالفان وكذا يبيعها المشتري مرابحه على الالفين

بالمبدل لهذا تتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف
الى سنه وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثه فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي
جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر
القيمه لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنه
وقيمته الفان ولم تجز الورثه يقال له اد ثلثي القيمه حالا او ترد رقيقا
في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل
فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول لعبد كاتب عبدك على الف درهم على
اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم
الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته
وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى
لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف على اجازة العبد وفي الاستحسان
يعتق لانه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في
حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة
مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال
واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غايب فان ادى الشاهد
او الغايب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على
نفسي وعلى فلان الغايب في هذه الكتابة جايزة استحسانا وفي القياس
يصح على نفسه لولايته عليها ولا يصح في حق الغايب لعدم الولاية عليه
وجه الاستحسان ان الحاضر جعل نفسه مقصودا في هذه الكتابه
حيث اضافها الى نفسه اولا فجعل نفسه فيها اصلا والغايب تبعا
والكتابه على هذا الوجه مشروعه كالامة اذا كوتبت دخل او
لادها

اراد ما ذكره من الدليل في الطرفين

الحر المولى

اي انه تعليق العتق باداءه وذا يصح من غير قبول العبد

ولا حكم للموقوف

القياس

ولا يتوقف

يعني هي الصورة التي يقال فيها على اني ان اديت اليك الفا فهو حر

في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء فاذا امكن تصحيحها
على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذ بكل البدل لان البدل عليه لكونه
اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما
ادى عتقوا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه وصار
كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص
عينه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان
قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه وليس للمولى ان ياخذ
العبد الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء و
الكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير
بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى
لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها
صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول
ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا
في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب

كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما
لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض
بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب
بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة يتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة
العتاق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن
ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن له واذنه له بقبض البدل
اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له
وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل
في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك
بعد العجز

[illegible]

العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت
بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد
اي صحت الدعوة وثبت نسب الولد
للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها
وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك
فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فاذا ادعى الثاني
ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت
الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من
من وقت وجود السبب
الانتقال ووطيه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل
كالبيع بشرط الخيار اذا سقط الخيار
الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها
وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه
قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطي
ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة
جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها
وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي
ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام
ولد للاول ولا يجوز وطي الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها
ولا دعوته
ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن
بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فينفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب
امومية الولد
ويبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع
المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا
واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه
ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع
العقر لان الوطي لا يعرى عن احد الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصار
الحد والعقر

[illegible]

كلها مكاتبة له فيرجع عليه بنصف بدل الكتابة لان الكتابة لما انفسخت فيما لا يتضرر
به المكاتب ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة
لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا تظهر في حق سقوط نصف البدل وفي
ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة
هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق
ترد الى المولى لظهور اختصاصه عليها بما بينا قال ويضمن الاول لشريكه
في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة
فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رحمه الله يضمن
الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف
الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد
بينهما يجب اقلهما قال وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت
بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها
قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من
وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب
لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه
وكمل الاستيلاد على ما بيناه ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة
ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد
للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بيناه
قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق
لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع
عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على
الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد
قررناه في العتاق فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة

اي للاول

قول عامة المشايخ

عقد كتابه

المستولدة اولا وهو حصول بدل الكتابة له

اي بعد قول ابي حنيفة

نعم ما استولدها الاول

لانه متيقن

اي بطلان التدبير ظاهر عندهما بعدم

وهو قوله ثبت ان الجارية كلها ام ولد للاول

[illegible]

رحمه الله لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده وكان اثره في ان يجعل نصيب غير
المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك
وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا
ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق
فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين دبره
احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف
قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم
دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه
لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين و استسعاء
الاستسعا كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين ولا
واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب
شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا
كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر
ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو
قن لان المنافع انواع ثلاثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله
والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق
وان اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره
لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر
يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق
الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن
نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار

لكن عند ابي يوسف يضمن نصف قيمته

كالهبة والصدقة ولم يذكر الوصية

للاستيلاد والكتابة والتدبير والاعتاق

اي ضمنه الغاصب ولا يتملكه

صار كله مدبرا

اي التدبير

لانه صادف ملك الغير

[illegible]

والإعسار ويضمن قيمته قنا لأنه صادف التدبير وهو قن وإن أعتقه
أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزى فيعتق كله فلم يصادف
التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته إن كان موسرا ويسعى
العبد في ذلك إن كان معسرا لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف باليسار
والإعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر
الحاكم في حاله فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم لم يعجل بتعجيزه
فانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة
التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا
يزاد عليه فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى
يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه إذا توالى على المكاتب نجمان رد في
الرق علقه بهذا الشرط ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله
وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من إمهال مدة استيسارا وأولى المدة
ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لأن من
عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لأن مقصود المولى
الوصول إلى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بدونه
بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرا والآثار
متعارضة فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها
فسقط الاحتجاج بها قال فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده
مولاه برضاه فهو جائز لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر
أولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم تام فلا
بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال وإن عجز المكاتب عاد

إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الأكساب لمولاه لأنه ظهر
أنه كسب عبده وهذا لأنه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف
قال فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله
وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته
ويعتق أولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه
أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا
وما ترك لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولأن المقصود
من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل وهذا لأنه لا يخلو إما أن
يثبت بعد الممات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه إلى
الأول لعدم المحلية ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ولا إلى الثالث
لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة
ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع
بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق بل أولى لأن حقه آكد من حق
المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية
فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت
ويكون أداء خلفه كأدائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال
وإن لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه
فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد لأن الولد داخل
في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء فإن
ترك ولدا مشترى قيل له إما أن تؤدي الكتابة حالة أو ترد رقيقا وهذا
عند أبي حنيفة رحمه الله أما عندهما فيؤديه إلى أجله اعتبارا بالولد المولود
في الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى إعتاقه بخلاف
سائر أكسابه ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت

شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل
لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه لانفصاله بخلاف الولد المولود
في الكتابة لأنه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم إليه وحيث دخل في حكمه يسعى
في نجومه فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما حكم بحريته في آخر
جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة
فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة
لأن الولد إن كان صغيرا فهو تبع لأبيه وإن كان كبيرا جعلا كشخص واحد
فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وإن مات المكاتب وله
ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم
لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لأن
قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل
النقل بأن يعتق فينجر الولاء إلى موالي الأب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون
تعجيزا وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم
فهو قضاء بالعجز لأن هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على
بقاء الكتابة وانتقاضها فإنها إذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي
الأم وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالي الأب
وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال
وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك
فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا من العتق وإليه وقعت الإشارة
النبوية في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما إذا أباح
للغني والهاشمي لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري
شراء فاسدا إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الأداء فكذلك
الجواب في هذا عند محمد رحمه الله ظاهر لأنه بالعجز يتبدل الملك وكذا

عند أبي يوسف وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لأنه لا خبث في نفس الصدقة
وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة
وللهاشمي لزيادة حرمته والأخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل إذا
وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة إذا
يطيب لهما وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في
يده قال وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع
أو يفدى لأن هذا هو موجب جناية العبد في الأصل ولم يكن عالما بالجناية
عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع فإذا زال
عاد الحكم الأصلي وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال
المانع وإن قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال
الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد
رجع أبو يوسف إليه وكان يقول أولا يباع فيه وإن عجز قبل القضاء وهو
قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما
وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ولنا
أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف
على القضاء أو الرضاء وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض
يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف
التدبير والاستيلاد لأنهما لا يقبلان الزوال بحال قال وإذا مات
مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب
إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له أد المال
إلى ورثة المولى على نجومه لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب
انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه
في الاستيفاء فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه وهذا

لأن المكاتب لم يملك بسائر أسباب الملك ولكن تنسب الورثة فإن أعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة لأنه يصير إبراء له عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولأن الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الإعتاق بمال أو بغيره لإطلاق ما ذكرناه فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح قال وإذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وإن عتق بعد موت المولى لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته لأن فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم

ملكه وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده لما بيناه في العتاق وولاؤهم له لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا لأنه عتق على معتق الأم مقصودا فلا يتحول ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر لأنهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما إذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال وإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لمولى الأم لأنه عتق تبعا للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا فإن أعتق العبد جر الأب ولاء ابنه وانتقل عن مولى الأم إلى مولى الأب لأن العتق ههنا في الولد ثبت تبعا بخلاف الأول وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء إليهم والنسبة إلى مولى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الولد

موجوداً عند الإعتاق فيعتق مقصوداً وفي الجامع الصغير إذا تزوجت
معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم
عتقوا تبعاً لأمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا موالي فألحقوا بموالي الأم ضرورةً
كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه
لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم حين عقلوه كان الولاء
ثابتاً لهم وإنما يثبت للأب مقصوداً لأن سببه مقصود وهو العتق بخلاف
ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث
يرجعون عليه لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق وكانوا
مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب
فولدت له أولاداً فولاء ولدها لمواليها عند أبي حنيفة قال رضي الله عنه
وهو قول محمد رحمه الله أيضاً وقال أبو يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه لأن النسب
إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً بخلاف ما إذا كان عبداً لأنه هالك معنى
ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة
فيه والنسب في حق العجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر
الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما إذا
كان الأب عربياً لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حق الكفاءة والعقل
لما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة
والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً وفي الجامع الصغير نبطي كافر
تزوج بمعتقة ثم أسلم النبطي ووالى رجلاً ثم ولدت أولاداً منه قال أبو
حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي أمهم وقال أبو يوسف رحمه الله موالي
أبيهم لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين
واحد من الموالي وبين العربية ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل
الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو
كان الأبوان

جيل من الناس بسواد العراق

معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب
أو لأن النصرة به أكثر قال وولاء العتاقة تعصيب فهو أحق بالميراث
من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبداً فأعتقه هو أخوك
ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك وإن كفرك فهو خير لك وشر له ولو
مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على
سبيل العصوبة مع قيام وارث وإذا كان عصبة تقدم على ذوي الأرحام
وهو المروي عن علي رضي الله عنه فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى
لأن المعتق آخر العصبات وهذا لأن قوله عليه السلام ولم يترك وارثاً قالوا
المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة
دون ذوي الأرحام قال فإن كان للمعتق عصبة من النسب
فهو أولى لما ذكرنا وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله
إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه
لأنه عصبة على ما روينا وهذا لأن العصبة من يكون التناصر بيت
النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة يأخذ ما بقي فإن مات
المولى ثم المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لأنه ليس للنساء من الولاء
إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ
ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخره أو جر ولاء معتقهن وصورة الجر
قدمناها ولأن ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء
إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه
الفراش وصاحب الفراش إنما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث
المعتق مقصوراً على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب لأن الولاء
لا يورث ويخلف فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى أباً وابناً فالولاء
للابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما لأنه أقربهما عصوبة وكذا الولاء

وهو قول أبي يوسف أولاً وعند أبي يوسف آخراً للأب السدس
والباقي للابن لأن الأب عصبة إلا أنه مع الابن صاحب فرض
ميراث المعتق سهماً كميراث المعتق

١٤٥

الجد دون الاخ عند ابي حنيفه رحمه الله لانه اقرب عنده في العصوبه وكذا
الولاء لابن المعتقه حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جنايته
على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى
ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن
لان الولاء للكبر هو المروي عن عده من الصحابه رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن
مسعود وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاه

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه
ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على
مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله
الموالاه ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في
حق وارث آخر ولهذا لا تصح عنده الوصيه بجميع المال وان
لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى
والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والايه في الموالاه وسئل
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه
فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل و
الارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء و
الصرف الى بيت المال ضروره عدم المستحق لا انه مستحق قال وان كان
له وارث فهو اولى منه وان كانت عمه او خاله او غيرهما من ذوي
الارحام لان الموالاه عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث
ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط
ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاه
قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم
بمنزله الوصيه وكذا للاعلى ان يتبرا عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط

في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد
الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزله العزل الحكمي
في الوكاله قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه لانه تعلق
به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزله عوض ناله كالعوض
في الهبه وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل
واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قال وليس
لمولى العتاقه ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا
كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه
او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره
تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره
سيان عند تحقق القدره والذي قاله ابو حنيفه رحمه الله ان الاكراه
لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعه له والقدره لا تتحقق بدون
المنعه فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجه وبرهان
ولم تكن القدره في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله
ثم كما تشترط قدره المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما
يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي
اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعه او
على ان يقر لرجل بالف او يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب
الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع
وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحه هذه العقود التراضي
قال الله تعالى الا ان تكون تجاره عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم

الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه
لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب
منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه
على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع
مكرها وسلم مكرها يثبت الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف
على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك
ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي
فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه
واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما
في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق الاسترداد للبائع وان
تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد
فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته
اما هاهنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني
قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله
كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا
ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض
الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال وان كان قبض الثمن
طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا
سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف
ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان
مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي

البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع
قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما
في يده لفساد العقد وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن
قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد
وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع
مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو
ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري
نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه
باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا
اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما كان قبله وما كان بعده لانه
اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله اعلم

فصل

وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس او ضرب
او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه
فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم
الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام
المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف
ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به
فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا
لغيره على اهلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا ياثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا
حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم
فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة
لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام

او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب رسول الله عليه السلام
بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على
نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه
في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف
على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن
بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال
له صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا
فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان
بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت
النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر
كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول
الله عليه السلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة
باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال
وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه
وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة
وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما
يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره
لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل
المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا لهذه الضرورة قال والقصاص
على المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال زفر رحمه الله يجب على المكره وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما
وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما لزفر رحمه الله ان الفعل من المكره حقيقة
وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف
مال الغير لانه

ثم قتله مسيلمة الكذاب

اي الاكراه باكل الميتة وشرب الخمر

الا ما اضطررتم

والقصاص على القاتل

اي اثم القتل وهو على من باشر القتل

١٤٩

لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله
في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه
وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف
رحمه الله ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التاثيم واضيف
الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه
محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح
له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه
فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق
وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون
الذكوة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكرهه على طلاق امراته او عتق
عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وقد مر في
الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له
فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا
ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق
حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان
لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المراة ان كان قبل
الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة
لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد
بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه
اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق
ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا
لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة
ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا

اي القصاص

اي لان الضمان وجب عليه باتلافه فلا يرجع على غيره

لانها من الاسقاطات

باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع
على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين
والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة و
الايلاء والفيء فيه باللسان لانه تصح مع الهزل والخلع من جانبه
طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها
لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال فان اكرهه على الزنا وجب
عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد قال واذا اكره على الردة لم تبن
منه امراته لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا يرى انه لو كان قلبه مطمئنا
بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك
فان قالت المراة قد بنت منك وقال هو بل اظهرت ذلك وقلبي مطمئن
بالايمان فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة و
هي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله
بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل
رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم
اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على
الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة
للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم
اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره
وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر
ببالي الخبر عن ماض بانت ديانة وقضاء لانه مبتدا بالكفر هازل به حيث
علم لنفسه مخلصا عنه وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب
وسب محمد عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله ومحمدا

آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا
النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي عليه السلام بانت ديانة
وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله اعلم

كتاب الحجر

قال الاسباب
الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والجنون والرق ولا يجوز تصرف الصغير
الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون
المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته
والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته
بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامع
الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد اهل في نفسه والصبي ترتقب
اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه
وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه
مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه
وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع
ليوجد ركن البيع فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع
ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي
يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع
فاما الشرى فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا
عليه كما في الشراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر
المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال
دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف
الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا
كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل

عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون والـ والصبي والمجنون
لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بيناه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله
عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يختص بمضرة
ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق لكمال العدم الشهوة ولا وقوف
للولي على عدم التوافق بينهما على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا
لا يتوقف على اجازته فلا يتقدر بالمباشرة بخلاف سائر العقود والـ
وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه ايجابا لحق المتلف عليه وهذا لان كون
الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بالنيام عليه
والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه والـ فاما العبد
فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير انه في حق مولاه برعاية جانبه
لان نفاذه لا يخرج عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله
والـ وان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع و
لا يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بجناية او غصب لزمه لانه مبقى
على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى بذلك عليه وينفذ
طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام كل العدد والمكاتب شيئا الا الطلاق
لانه عارف بوجه المصلحة فيه فمكنا اهلا وليس فيه ابطال حق المولى
ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر

الفساد قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه
وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له
فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي
رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله لصرفه
لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي
بل اولى لان الغاية في حق الصبي احتمال التبذير وفي حق حقيقة

ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده

ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان

في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير

فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على

المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو

دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة

ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهو قد نظر له الشارع

مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال

مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا

حجر القاضي عليه ثم دفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر

منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان

قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه

بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم دفع الى

قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك

ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى

تبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ

خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه

ماله ابدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه

فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه

بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا يرى انه

قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة للمنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار

اثر الصبى وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع

ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال

150

[illegible]

قوله وبقبض العين يتحقق بهما المبادلة نعني بهما ان المستحق

بالعقد لما كان هو الوصف فلقائل ان يقول لا معنى لاخذ البائع

العين عن المشتري فانه لا يمكنه اخذ الوصف فيقبض العين

بدلا عنه كان المشتري استبدل بما في ذمته بالعين وحقيق العين [illegible]

فان ذلك كيف يجوز بيع العين بالدين قلت المبادلة حاصلة فلا يراد

بها شرائط المبادلة الحقيقية والمبادلة في باب المعاوضة حقيقة

فيجب اعتبار هذه الحقيقة الا في موضع التعذر وهو السلم فانه

لا يمكن ان يجعل الخط بدلا عما في الذمة لحرمة الاستبدال فيه فكان القبض عن العين

فاعطي العين حكم الدين تجوزا عن الاستبدال ولا كذلك هنا

تجوزا عما هو المستحق بالعقد فكان له حق الفسخ على ما ذكرنا فافترقا

فلا يوجب العجز عن العين ولاية الفسخ ولانه يحجر بعده لانه اسقط

فان قلت لو كان اسقاطا لما كان للمولى ان يحجر اعتبارا ببقاء الرق وكان له الحجر

حقه والساقط [illegible] قلت بقاؤه لان الحجر فيما مضى لان الساقط يعود و

امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لان الاذن [illegible] الاحتياج اليه

ايضا لو كان اسقاطا لما اشترط علم العبد بالاذن [illegible] ولا يكون الاذن بدون

كالطلاق والعتاق ولما الاذن هو الاعلام [illegible] قال لغيره [illegible] اذن فاذن

السماع [illegible] ولهذا لا يقع الطلاق [illegible]

لها ولم يسمع حتى [illegible]

عنه لانه ليس باهل الصبى ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على
قول من يرى الحجر وعندهما الصحيح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا للغابن
الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان دليل التصرف قد وجد
والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما فى
الصبى الذى يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضى جاز عند ابى
يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضى عنده لان الحجر ابتداء للنظر
والضرر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضى وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه
حتى يرجع احد المتبايعين
تبين مجورا عنده اذ العلة هى السفه بمنزلة الصبى وعلى هذا الخلاف
وهو متوقف فى الحال غير نافذ عليه موجبه لدى القاضى
اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما و
عند الشافعى رحمه الله لا ينفذ والاجل عنده ما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل
يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه فى معنى الهازل من حيث انها هازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل
فى عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاجل عنده
ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شئ من تصرفاته
الا الطلاق والعتاق والاقرار بالرق فكذا من السفيه واذا
صح عتقه هما كان على العبد السعى فى قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى
حق العتق لانه متعذر فيجب رد قيمته كما فى الحجر على المريض وعند محمد
رحمه الله انه لا يجب السعاية لانه لو وجب انما يجب حقا للمعتق والسعاية ما
عهد وجوبها فى الشرع الا حق غير المعتق وليدبر عبده جاز لانه يوجب
حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه
باق على ملكه واذا مات ولم يوترك منه الرشد يسعى فى قيمته ولو ترك مالا نفذ عتقه
بموته وهو مدبر صادكما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد
فادعاه ثبت نسبه منه فكان الولد حرا والجارية صارت ام ولده لانه محتاج الى

ذلك لبقاء نسله فالحق بالمصلح فى حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه
هذه ام ولد كانت بمنزلة ام الولد لانها لا تقدر على بيعها وان مات سعت فى
جميع قيمتها لانه كاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل
الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جارية فهو
على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه
الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها جاز منه مقدر مهر مثلها
لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام
التسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو
طلقها قبل الدخول وجب لها النصف فى ماله لان التسمية صحيحة
مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما
بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه ويتقرب على
اوليائه وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى ارحامه لان احياء ولده و
زوجته من حوائجه والانفاق على ذوى الرحم واجب عليه حقا لقرابته
والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضى يرفع قدر الزكوة الى ليصرفها
الى مصارفها لانه لا بد من تبيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا
يصرفه فى غير وجهه وفى النفقة ترفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة
فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث
يلزمه المال لكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه عما يجب بفعله فلو فتحنا
هذا الباب يتمزد اموالهم بهذا الطريق ولكذلك ما يجب ابتداء بغير فعله
قال فان اراد حجه الاسلام لم يمنع منها لانه واجب عليه بايجاب الله
من غير صنع ولا يسلم القاضى النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج
ينفقها عليه من طريق الحج كيلا يتلفها وغير هذا الوجه ولو اراد عمرة
واجبة لا يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء فى وجوبها بخلاف ما اذا

زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف إذ عند ابن عمر رضي الله عنه لا يجزيه غيرها وهي جزور أو بقرة فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهي قال ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الأصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية وللشهادة عنده ولنا قوله تعالى فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا الآية وقد أونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

ولا يمنع صح

فصل في البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة في ذلك في حق الغلام اثنتي عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثماني

إذا تم
وقالا للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله
صح

عشرة سنة

عشرة سنة كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي رحمه الله وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير أن الإناث نشوهن وإدراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرا فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفيه إنما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه وباع ماله إذا امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس إضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وإن كان دينه

ودراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدراين حق
الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير
او على عكس ذلك عينها القاضي في دينه عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا بناء على ان القاضي
والقياس ان لا يبيع كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذ
جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في
الصورة فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى
الى اختلاف تمكن عن الدراين ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض
لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود وسايل فافترقا
ويباع في الدين النقود مع العروض تم العقار يبدأ بما يسرع فاسد
لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك
دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وفضل دستان لانه اذا
غسل ثيابه لا بد له من لبس ثان فان اقر في حالة الحجر بقرار
لزمه ذلك بعد قضاء الدين لانه تعلق بهذا المال حق الغير فلا يتمكن
من ابطال حقهم باقراره بخلاف ما استهلك لان ذمته شاهدة لاقراره
له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق بذلك
المال لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته
وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق
الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في
مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب
غرماؤه حبسه وهو قول الحاكم في كل دين لزمه برضاه
عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض او التزمه بعقد كالمهر والكفالة
وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب احكام القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها
الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني على سبيله لوجوب النظرة

الى الميسرة ولو مرض في الحبس يقضي فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن
اخرج بحرزا عن هلاكه والحرف لا يمكن فيه من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليقضي
قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كان له جارية وفيه موضع عيلة وطيه
لا يمنع منه لانه قضاء اجدى الشهرين فيتعين لقضاء الاخرى قال ولا يحول
بينه وبين خرجاته بعد خروجه من الحبس بلا رهونه ولا يمنعونه من التصرف و
التبسط لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان
التقاضي ويأخذون فضل كسبه لقسمته بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة
وقالا اذا قلبته لكم حال من الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا
لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فيثبت الغيبة ويستحق النظرة وعنه
ابي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح وان
وقوف الشهود على المال لا تحقق ظاهرا فيصلح للدفع لا بطال الحق في
الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان البينة للمفلس ترجح على بينة
الغرماء لانها اكثر اثباتا اذ هي اثبات العين وقوله في الملازمة لا يمنعونه
من التصرف والسفر دليل على انه يزورهم اينما دار وله ان يجلسه في موضع
لانه حبس ولو خلى جاز ان لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج
لان الانسان لا بد له من ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب
الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود باختياره الاضيق
عليه الا اذا علم القاضي ليرد دخل عليه الملازمة ضرر بين لان له ان يحبسه
حسما لباب الضرر عنه ولو كان الدين للمرأة على الزوج لا يلازمها لما فيها
من الخلوة بالاجنبية ولكن تبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده
متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي
رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبايع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن
ايفاء الثمن فيوجب له حق الفسخ لعجز البايع عن تسليم المبيع وهذا لانه

عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الاذن فلا يثبت موجب
العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد ولا يثبت حق الفسخ باعتبار
واما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وقبض العين يتحقق منهما مبادلة
هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع العذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع
فاعطى للعين حكم الدين كتاب
الماذون الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق
عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق يبقى اهلا للتصرف
بلسانه الناطق وعقله المميز والحجر عن التصرف حق المولى لانه عاجز
الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك ان المولى فلا بد من اذنه كيلا
يبطل حقه من غير رضاه وهذا لا يرجع عما لحقه من العهدة على المولى ولهذا
لا يقبل التأقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر
عليه لان الاسقاط لا يتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا
راى عبد يسري وبيع فسكت بصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي
وله ان البيع تصرف يملكه المولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه تبيعا
صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه ماذونا له فيهما فيعامله فيتضرر به لو
لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال
واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات
ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة وله تقييد ووجهه ان
التجارة اسم عام يتناول الجنس فبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه
اهل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه
وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش
منه ممنوعة التبرع حتى اعتبر من الثلث فلا يملكه الاذن وله انه تجارة
والعبد متصرف باهليته نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون

ولو جاء في مرض موته يعتبر من جميع المال اذ لم يكن عليه دين ولو كان عليه
جميع ما بقي الا قدر قيمته فصاعدا فالجزء على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان
كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادفع جميع الجارية والا فارددها
كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء
لانه قد لا يتفرغ نفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة
فانهما ايفاء واستيفاء وملك ان يتقبل الارض ويستأجر للاجراء والبيوت
لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح و
يشتري طعاما ليزرعه في ارضه لانه يقصده الربح قال عليه السلام الزارع
يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه
من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول
لا يملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يتحجر به
والرهن لانه تحبس فلا يحصل مقصود المولى الا اذا جاز ان لا يتحجر به ويحصل به
المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون نوع فهو
ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع
وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة
من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد
ولهذا يملك عزله فيتخصص باحتماله كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك
الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر ما لكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع
بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف
وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما تقع
عنه يخلف المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون
لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام لرقاق اهله وهذا

الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل ترد ها
على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر
حجره بين اهل السوق لانه لو انحجر لتضرروا لتاخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق
برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر
عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه
الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر
شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة
من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم
بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق
وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم
به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال ولو مات المولى او جن او
لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا لان الاذن غير لازم وما لا يكون
لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء وهو الاصل فلا بد من قيام اهلية
الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما
حتى يقسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال
الشافعي رحمه الله يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي بقاءه
وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا
على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا
معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من
يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك
حجر عليها خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر
انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان
الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه

ففيه منفعة للغرماء وهذا وجه الاستحسان

الناس

لان علم الكل حرج

ولهذا ملك المولى ابطاله

أي المطلق

أي المحجور اذا ابق فاذن المولى وعلم العبد يصير ماذونا

لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا
استدانت الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها لانعدام
دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن
لقيمتها لما قررناه في ام الولد واذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند
ابي حنيفة ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى
بما في يده وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن
فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ
المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة
بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون فيما اخذه المولى من يده واليد
باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف
ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت
في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد تبدل بتبدل الملك
على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال واذا
لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي
حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته
ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية الماذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له
نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت خلافة عن العبد
فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف
ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم
يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن
قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا
يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي
عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي

لان حكم الاذن الاطلاق في التصرف

وهو اثر من آثار الحرية وحكم التدبير ثبوت حق الحرية ولا منافاة بينهما

أي اقراره لا الاذن

للاكتساب

أي كمال ملكه في الرقبة اذا اعتق عتق

متى كان عليه دين يقدم الغرماء على الوارث

لسوء الملك مع الدين المستغرق

عن ثبوت ملك المولى في كسبه

أي عند ابي حنيفة وعندهما يجوز ويخير المولى

يجوز سواء كانت المحاباة يسيرة او فاحشة

عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وخلافا اذا باع المريض من الوارث
بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة يتعلق بعينه حتى لا يجدهم كان
لا استحلاص بادا قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزاعه سقصان يخير البيع ويخير المولى ان شاء
اذال المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش
سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم
وهو الخلاف السابق من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة يجوز ولا يؤمر بازالته
المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع بالبسير منها متردد بين التبرع والبيع
لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير
ان العبد تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وخلافا اذا باع من الاجنبي بالكثير من
المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة
لان المحاباة لا تجوز من العبد الماذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن
في البيع الاجنبي وهو آذن بمباشرته نفسه غير انه ازالة المحاباة يلحق
الغرماء وهذا ان الفرق على اصلهما قال وان باع المولى شيئا مثل القيمة
او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بينا
ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يرد الى كسب العبد فلم يكن فيه ويتمكن
المولى من اخذ الثمن بعد لكن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف بيع الغابن
فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس
ولو بقي بعد سقوطه بقضاء الدين ولا استوجب المولى على عبده خلافا فاذا كان
الثمن عرضا لانه تعين وجاز لكن بقي حقه متعلقا بالعين قال وان امسك
في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان للبائع حق حبس المبيع ولهذا كان اخص به
من الغرماء وجاز لكن يكون للمولى حق الدين اذا كان متعلقا بالعين ولو باعه
بما كثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع كما ذكرنا في جانب العبد لان الربا

تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى الماذون وعليه ديون
فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق
به حقهم تيقنا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق
لان الدين في ذمته وما لزم المولى الى مقدار ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه
كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لان حقهم تقدر به خلافا اذا
اعتق المدبر ولم الولد الماذون لها وقد كتبتهما دون لان حق الغرماء
لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالسعي فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا
قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه
فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاء ضمنوا المشتري لان العبد
تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع
متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتعيب مختار وانى التضمين
وان شاء اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة
كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى
بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان
قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة
ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هنا
قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا
البيع ليتعلق حقهم به وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد
منهما فائدة فالاول اتم موفر والثاني ناقص معجل والبيع نفوذ هذه الخيرة
فلهذا لهم ان يردوه قالوا ويؤدي اذا لم يعجل الامام الثمن فان وجد ولا
مال له غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم وفي

قبل الاذن والبيع والشراء دائرين بين النفع والضرر فيجعل اهلا لانه بعد
الاذن له قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا عنه على اجازة المولى لاحتمال
وقوعه نظرا له وصحح التصرف في نفسه وذكر المولى في الكتاب ينتظم
الابن والجد عند عدمه والوصي والقاضي والمولى بخلاف صاحب الشرط
لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك
جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون ليفيد لزوم ما ثبت في العبد
من الاحكام سوى حقه ان للاذن فك الحجر والمأذون تصرف باهليته
نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير
مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا
بوديعته في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد والمكاتب بالتزويج العبد
والكتابة كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة
الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على
ما سياتي وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب
وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على
وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس
على البساط ثم ان كان مع العلم فمحله المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان
لانه حق العبد ولا يتوقف على قصده ولا المأثم لان الخطأ موضوع
قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه
مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا اللفظ
الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان
ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم الخصومة

وعلى هذا الخلاف اذا اشترى جارية ووهبها وسلمها وغاب
ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس كخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل
قوله في مسئلة السفعة له انه يدعي الملك لنفسه فكان خصما لكل من
ينازعه وله انها ان الدعوى بضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون قضاء
على الغايب وقال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشتري وباع
لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه
وان لم يخبر فتصرفه اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل
بالظاهر هو الاصل في المعاملات كملك النكاح ويضيق الامر على الناس لو قال انه
لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا تقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق
المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو
ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور
فالقول له لانه متمسك بالاصل

فصل واذا اذن لابنه الصبي للصبي في التجارة او في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا
كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ لان حجره
لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى ملك المولى التصرف عليه وملك
حجره فلا يكون وليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت
الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء ساواه الاب والمولى فلا ضرر
ولان التصرف المشروع صدر من اهله في محله صحيح لاهليته
فوجب تنفيذه على ما عرف تقرر في الخلافيات والصبي سبب للحجر لعدم
الاهلية لذاته وقد نشأ نظرا الى الاذن المولى وبقاؤه ولايته لنظر الصبي
لاستغناء المصلح بتقرير احتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق
لانه ضار محض فلم يوجد كقبول الهبة والعبد قد

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله
يوم الانقطاع لابي يوسف رحمه الله انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر
قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله ان الواجب المثل في
الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ ولابي حنيفة
رحمه الله ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه
له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة
بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته
عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات
المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا
للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله
لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وعلى الغاصب
رد العين معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد
وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان
اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب
اعادتها بالرد عليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة
مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب
الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام و
الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان
ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى
عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا
خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس
الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله
وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه

جواب لابي يوسف

كالرمان والسفرجل والبطيخ

كالجوز والبيض

دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وهو قول ابي يوسف اولا يضمنه
وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة
اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو
الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان
الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في
العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا
في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل
فعل فيه وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك
بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقصه منه بفعله
وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به ولو
غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على
الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وان انتقص بالزراعة
يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى قال
واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر
نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد بما سبق ان الغصب
فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب
وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته
يوم الغصب فان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه
في ضمانه بالغصب ~~فلن نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل~~ فما تعذر
رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب
لانه عبارة عن فتور

لان المقصود اثبات اليد على مال المنتفع به

ان اودع دارا عند رجل فجحد الوديعة

لا بالجحود

اي بالغصب

الرغبات دون قوت الحر وكذا في المسع لانه ضمان عقد اما الغصب
فقبض وفي الوصاية تضمن بالفعل لانها تعقد على ما عرف قال رضي الله عنه
ومراده غير بدوي اما في البدويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد
الاصل لانه يودي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته
الغلة تعلم النقصان لما بينا وتتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا
عندهما وعند ابي يوسف لا تتصدق وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير
المستعار وفي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه الضمان ظاهر
وكذا الملك لان المضمونات تملك بادا الضمان مستندا عندنا ولهما انه
حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذه حاله فسبيله التصدق
اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند يناقض ولا يعدم
الخبث ولو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه لم يتسعين بالعلة
لاداء الضمان لان الخبث لحق الملك ولهذا لو اداه الى المالك ساغ له التناول
فيزول الخبث بالاداء اليه كما في اداء الثمن الى البائع فهلاك في يد المشتري لم يستحق
وغرمه ليس له ان يستعين بالعلة في اداء الثمن الى البائع لان الخبث كان لحق
المشتري الا اذا كان له بد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة
نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله لزكان غنيا وقت الاستعمال وله كان
فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية
فباعها بالفين فاشترى بالفين جارية فباعها بثلثة الاف فانه تتصدق
بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب اذا تصرف في
المغصوب اتجارة وربح فيه لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي
يوسف رحمه الله وقد مرت الدلايل وجوابها والتجارة اظهر لانه لا يستند
الملك فيه الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه
لهم ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب
اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا

اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد غيرها او نقد منها و
اشار الى غيرها واطلق اطلاقا ونقد منها تطيب وهكذا قال الكرخي
وجه ان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد من تاكيد بالنقد لتحقق
الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا تطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان لكل
حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال ولو
استرى بالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق
بشيء وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتصدق بالفضل لان الربح انما يحصل
فيما يتغير بعد الغاصب واذا تعيبت العين المغصوبة بفعل الغاصب
حتى زال اسمها واعظم منافعها ذال ملك المغصوب منه عنها وملكها
وصمنها وله ان لا منفعة بها حتى يودي بدلها لمن غصب شاة وذبحها
وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذ سيفا او صفرا
فعمله آنية وهذا اكل عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الرقيق لا ضمنه
النقصان عنده لانه يودي الى الربوا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه في
الى يوسف رحمه الله انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق من الغرماء
بعد موته للشافعي ان العين باق يبقى على ملكه ويتعلق الضمان بذمته
هتك الرقيق والحنطة والقتها في طاحونه فطحنت وله معتبر بفعله لانه
محظور وله يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا
وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وشواها وانها ولانه احدث
فيه صنعة متقومة صار عين المالك هالكا من وجه لا يرى انه تبدل
للاسم وفات بعض المقاصد وحقه في الصنعة قايم من كل وجه فيترجح
على الاصل الذي هو فايت من وجه وله يجعله سببا للملك من حيث انه محظور
بل من حيث انه احراز الصنعة كما في الشاة لان اسمه باق بعد الذبح
وهو مشروع في نفسه وانما حرم هنا لمعنى في غيره وهو انه حيوان
والحاقها هامرسة والطحن بالطحن

والشاة وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه

وقوله لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس أن يكون

له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث

رحمه الله ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا يرى أنه لو وهبه أو باعه

جاز ووجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا

صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق ولأن في إباحة

الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء فتح باب الغصب

فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك

كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبدل

فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه وكذا إذا أدى

بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضي إلا بطلبه

وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف

يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما

تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده

خلافا لهما وأصله ما تقدم قال وإن غصب فضة أو ذهبا فضربها

دنانير أو دراهم لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء

للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة

صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد

والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح

لذلك وله أن العين باق من كل وجه ألا يرى أن الاسم باق ومعناه الأصلي

الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته

لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة

مطلقا لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ومن غصب ساجة فبنى عليها زال

ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك

أخذها والوجه من الجانبين قدمناه ولنا فيه أن فيما ذهب إليه

إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما

ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن

جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي

والفقيه أبو جعفر رحمهما الله إنما ينقطع إذا بنى في حوالي الساجة أما

إذا بنى على نفس الساجة ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح

قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن

شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا إذا قطع يدها هذا هو ظاهر

الرواية ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت الأغراض من الحمل

والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش

في الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك

أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف

المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع

الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب

لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه وإن خرق

خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته لأنه استهلاك

من هذا الوجه فكأنه أحرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وإن

شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث إن العين

باق وكذا بعض المنافع قائم ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل

به عامة المنافع والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض

المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان

لأن محمدا رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض

المنافع قال

أي الجوز

أي ملكها الغاصب عندنا خلافا للشافعي

لو غصب مال المسلم ودل به كافر

وهذا القول الفلوس الرائجة

أي لأن منفعتها الركوب

وحلس المنفعة وبقي بعض العين ح

[illegible]

ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى فيل له اقلع البناء والغرس ورد
لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان
الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب
فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض
تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا او
يكون له ان يمسكه بقيمته نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا
معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيقوم
الارض دون الشجر والبناء وتقوم بها شجرا او بناء لصاحب الارض
او يأمر بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه
احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه
ابيض ومثل السويق وسلمه له وان شاء اخذها وغرم ما
زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه ان
يمسكه ويأمر الغاصب بقطع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة
لان التمييز ممكن بالحلة والسمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا
ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب
الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض لما الصبغ
بمنزلة شيء واحد في ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب
الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة
رحمه الله في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه وبضرب قيمته ابيض
وصاحب الصبغ ما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ
بالقيمة وعند امتناعه تعيبت رعاية الجانبين في البيع وتأتي هذا
فيما اذا انصبغ نفسه وقد ظهر مما ذكرنا الوجه في السويق غير ان
السويق مرد وذات امثال فيضمن مثله والثوب مرد وذات القيم فيضمن

فصل

ومن غصب

عينا فغيبها فضمنه الهالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي
رحمه الله لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في
المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل فملك الى
ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل
لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن
قال والقول قوله مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو
ينكر والقول للمنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة لانه
لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهر العين وقيمتها اكثر مما
ضمن وقد ضمنها بقول المالك او بيمينه اقامها او بنكول الغاصب عن
اليمين فله خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب انعقد
برضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه بقوله
الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ
العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة
واخذه دونها لعدم الرضا ولو ظهر العين وقيمتها مثل ما ضمنه او
دونه في الفصل الاخير

وكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار

له لانه لم يتم رضاه لانه لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا قال ومن غصب

عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ولو اعتقه ثم ضمن القيمة لم

يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في

حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك

المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة

في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها

اياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة

لوجود الغصب فيها وهو اثبات اليد على مال الغير من غير رضاه كما في

الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان

اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت

ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها

اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى

فيه على ما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه

وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم

المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو

الشرع على هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية و

لهذا يتكرر بتكررها وجناية فانه من الشأن ولا يجب ما هو فوقها وهو اثبات

اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في

ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط

ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد

لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد

قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر

اي الخيار

لا يخرج تمام القيمة

وهو الزيادة وجاز ان يكون المقبوض مساويا للمغصوب عند المغصوب لا عنده فلا يرضى به

الكسب والسمن

بان اكل او باع

الولد

الغصب

اي لو اعتبرت ثابتة على الولد تقديرا تبعا لملكه للام فانه

ما زال اليد

التقدير

خلاف الام

فان الزوائد

ثمرة اليد

التعدي

لتحقيق

يتحقق

الغصب

باعتباره

بان اشترك محرمان في اتلاف صيد الحرم فانه يجب ضمان تام على كل واحد منهما

كان

اي بدل الظبية في الولد في قيمة الولد وفاء النقصان

ام لا يجبر

كذا استثناه

لم تنبت

اي لا ينجبر

[illegible]

وان افضى الى الموت لان الاصل هو

السطر الى الوضاع اسنانا يصير فاذا ازدادها

ولهذا لا يكون الصبي اهلا للطلاق والعتاق

وان نجحوا اسعع في موضعه

فاضناء العلم

شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان

واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا

فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت

ثنيتها ثم نبتت او قطعت يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع

العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام

وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا وبخلاف

ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رده لاجل البراءة وكذا لا بد من رد

خلفه والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد للسبب فيما

وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو

وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى

بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان

عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الامة ايضا

لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة

فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده

ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية وقد حبلت عند البائع فولدت

عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها

وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي

اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك

او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا

بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي

فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا

سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال

ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان

انما فائدة لكن سبب النقصان هو العلوق عند ابي حنيفة والولادة عندهما وثمرة الاختلاف تظهر

فيما اذا غصب جارية فزنى بها

مولى وغيره فحبلت ثم ردها

في يد المالك فماتت في نفاسها

يضمن الغاصب جميع قيمتها عند

ابي حنيفة لان الموت بسبب الحبل

عنده فردها وبها سبب الهلاك

فلم يصح الرد فصار كما اذا هلكت

قبل الرد وعندهما يضمن نقصان

الحبل لان التلف بسبب الولادة

عندهما وهي عند المالك فلا يضمن

قيمتها بل يضمن نقصان الحبل لانه

ردها معيبة فيضمن نقصان

العيب قوله فلا بد

من الرد يعني الواجب عليه رد

الاجر بصفة التي اخذها

وما ردها بتلك الصفة وانما

يكون بتلك الصفة مع وجود

النقصان ان يردها مع

الولد الذي هو خلف عن

النقصان وما رد الولد فلا

يبرأ

١٦٣

اي زاد قيمته بالخصي

زاد قيمته بالخصي

اي الرواية الثانية في موت الام

حتى لو ماتت بالولادة تضمن بالاجماع

اي ظهر حبلها

فلا يبطل حكم الرد

اولان سبب الموت ثانيا لم الحمى في الضعف وبين الموت ويحتمل ان يكون

لم يضمن الغاصب نقصان عيب الزنا

يعني بعد البيع

الذي

نفي

يعني ان الواجب في الشراء تسليم ابتداء لا بناء على اخذ سابق فيعم الرد كما اخذ

لا بالغصب لا بالاتلاف

ولانه كانت في يد الغاصب حدثت

العيوب التي هو ما يتقوم

المسمى هو ما

[illegible]

قوله المص قال واذا اتلف المسلم الخمر للذمي او خنزيره ضمن اه وليس في شرح الكافي لصدر الاسلام لو اتلف مسلم على ذمي خنزيرا
على قول ابي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول ابي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره
وفي شرحه لمختصر الكرخي ولكنه قياس قول ابي حنيفة الذي مر قبل باب نكاح الرقيق قال المص وعلى هذا الخلاف اذا اتلفها
ذمي على ذمي اه قوله ولقد احسن حيث اتى في المسلم باللام وفي الذمي بعلى سعدي افندي

وقال الشافعي رحمه الله يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها
او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع
اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت
على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها
اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا
يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها
وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة
ذاته بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص
باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما لمسلم لم يضمن
وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي
على ذمي او باعهما الذمي من ذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في
حق الذمي لانهم اتباع لنا في حق الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو
الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير
كالشاة ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الالزام
واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة
والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان
كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف
ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه
وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي
لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك
التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم
خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء وياخذ

بلا جادات

اي تصرفه

اي اقامة المكاسب بهذا الطريق لان الملك سبب للعبد

دا الاتلاف الشيء وغصبه انما يرد في حال بقائه

اي الاصول

طريق المسائل

بعقد الذمة

المراد اداء القيمة

[illegible]

وكذا البيع يعاد في محله وهو المال

التقوم

المراد التي حيث انها حتى لو اراد بالقدر

عند ابي حنيفة حلالا

الدم المراد المرتد الذي اسلم

[illegible]

وياخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل
الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس و
بالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك
والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى
على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم
للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء و
ياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا
غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه
حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن
الخل دون الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا و
يعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل
فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان
الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان
له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما
زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه و
المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته
كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد
الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند الاتحاد يطرح عنه ذلك
القدر ويوخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وله
ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا
متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان
حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنع غير مضمون
عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال

قشر الرمان ودقيق الدخن والشعير

بل عند

ما ازو

اي بالدباغ ما له قيمة

اي الخل والجلد المدبوغ

اي الخل او الجلد

اي المالك او الغاصب

ويعطيه

قيمته

اي بعد الدباغ

الدليل

انه لم يعقوه

معناه اذا قضى القاضي لاحدهما بالدراهم وللاخر بالدنانير

غاصب

يعني انه ازال عنه صفة النجاسة
والخمر بمنزلة ... اقام به
ملكه فان غسل الثوب النجس العين
ولحم الخنزير نجس العين لكونها حراما بعينها
قال عليه السلام حرمت الخمر لعينها
قلت حرام الخمر لجواز ان كان
عصيرا فلما اعترضت عليها صفة
خمرية صيرتها نجسة فازالتها
بالتخليل الصفة النجاسة كالثوب
ولا يلزم تبدل العين باعتراض
الصفة عليها كما يعترض الصفات
على الانسان من غير تبدل الذات
وتاويل قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها
ان عينها حرام يعني قليلها وكثيرها
ولهذا قال بعد ذلك والسكر من كل شراب

هذا ابناء على [illegible] القاضي اذا انقضى على المشتري
[illegible] الجلد المدبوغ بزيادة
[illegible] الدينار من الغاصب
[illegible] المالك بعشرة دراهم
[illegible] بالدرهم
وقوم ... يدرهم فالدرهم
اما اذا ... الغاصب
وحتى ... الغاصب
بتقاصان
فيستوفيها وحاسبه

لان الجلد ما كان متقوما قبل الصبغ فيكون صنعة الغاصب اصلا لان الاصل ما بني عليه غيره
وثم صار غير مضمون عليه
فكذا التبع كيلا يلزم مخالفة
التبع الاصل

[illegible]

قيامه لانه تبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدباغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصّله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمنها عند ابي حنيفة خلافا لهما رحمهم الله كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد رحمه الله ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رحمه الله هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده فلا

اي الجلد المدبوغ

فلا يمكنه تضمينه لان التضمين للمتقوم

فكان له ترك الثوب عليه واخذ القيمة

لانه غصب جلد ميتة ولم [illegible]

والحكم فيه انه يضمن عندهما لا عنده

اي في مسئلة الاستهلاك الخ تقدمت

لان وصف الدباغة هو الذي حصّله فلا يضمنه

اي الجلد

لا استهلاك فيوجب الملك لكن بغير شيء لكون المستهلك غير متقوم

لان الجلد صار ماله

من اعدام الذوات بسرعة [illegible]

[illegible]

ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بيناه ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ رحمهم الله اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ رحمهم الله وقد بيناها في كفاية المنتهى

قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعله باذن الامام وله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هنا وفي السكر والمنصف تجب القيمة ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك

قال ومن غصب ام ولد

بالخلط لانه لا يصل الى غير حقه وهو لا استهلاك ولا اتلاف لملك نفسه لا يوجب الضمان وانه اتلف الخمر ايضا لكنها غير متقوم فلا يوجب الضمان

اي فيما اذا صار خلا بالقاء الملح او بالقاء الخل من ساعته او بعد زمان

قال صدر الاسلام في الجامع الصغير

وهو بامر الشرع لا يضمن فاذا فعل باذن الشرع اولى

قال المص الشفعة واجبة اي ثابتة في قول المص انا وبهذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه واضافة حق الشفعة بانه
وبهذا اللفظ اي قوله اللفظ مصدر في الاصل يتناول الكثير ايضا قال المص فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم اي قوله لم يقاسم
لدفع احتمال الجار اذ لا شركة بعد القسمة سعد افندي قال المص ويروى الجار احق بشفعته اقول ينبغي ان يكون
احق صفة لا اسم التفضيل اذ لا حق في الشفعة لما دون الجار سعد افندي

او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبر فلم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناه في العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم وقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله وما سقبه قال شفعته ويروى احق بشفعته وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة ابائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة

باز عاجه ولان تبديل الاصل اشد ضررا عن خطة اي ترك

السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال وان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف رحمه الله انه مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منه كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وعلى الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد عليه فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رحمه الله هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمر ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى

ولو أخبر بكتابة السفعة إلى آخره بطلت شفعته

وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه أنه لو علم مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالغاية أخذ الكرخي رحمه الله لأنه لما بيده له خيار التملك لا يتملك من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قام بعدما بلغه البيع إلى البلد أو إلى حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لأن لا واحد على الخلاص حواله والثاني تجعله لقصد إضراره وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم ابتاعها وبكم يبيعك لأنه نوع فيها ثمن دون الثمن ونوع عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذكر على المطالبة طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي الجاحد والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي رحمه الله وصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها لأن العبرة للمعنى وإذا سلم المشتري الدار لم يجبر على الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجبر على الإشهاد إذا أخبره واحد حر كان أو عبدا أو صبيا أو امرأة إذا كان الخبر حقا واحدا

لا خلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه مرارا بدلائله وأحواله فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنه لأنه ليس فيه إلزام حكم وبخلاف ما إذا أخبره المشتري لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والإشهاد لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضي ما ذكرناه وإن لم يكن له إشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم نهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده معناه لم تسلم إلى المشتري أو على المبتاع أو عند العقار وإذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه لأن للأول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الإشهاد عند البيع لأن الإلحاق متعلوبة فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما إذ لا بد له ولا ملك فصار كالأجنبي وصار هذا

أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال

لو حق كثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا ظاهرة لأن

مقابلته وتملك ملك غيره لا لحق ثمرة من ثمراته كخلاف الثمرة وأشباهها ولو قوة العلة

أسقط بعضهم حقه فهي للباقين والكل على عددهم لأن الإسقاط المزاحمة مع ملاك

السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غائبا تقضى بها بين الحضور

على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلبه ولو قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى

له بالنصف ولو حضر ثالث مثلث ما في يد كل واحد بحقه للتسوية فلو سلم للحاضر

بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق

الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء وله والشفعة تجب بعد البيع ومعناه بعد

لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه أن الشفعة إنما تأخذ

زعم البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها وبهذا يكتفي ثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع

إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه له وتستقر بلا إشهاد ولا يتدبر طلب

المواثبة لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا يتدبر من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته

فيه عن رغبته عنه ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد وله

وملك بالإضافة إذا أخبرت عنه لأنه ليس فيه إلزام حكم وبخلاف ما إذا أخبره المشتري

لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والإشهاد

لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضي ما ذكرناه وإن لم يكن له إشهاد ظاهرا على طلب

المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم نهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع إن كان المبيع

في يده معناه لم تسلم إلى المشتري أو على المبتاع أو عند العقار وإذا فعل ذلك

استقرت شفعته وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه لأن للأول اليد وللثاني الملك

وكذا يصح الإشهاد عند البيع لأن الإلحاق متعلوبة فإن سلم البائع المبيع لم يصح

الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما إذ لا بد له ولا ملك فصار كالأجنبي وصار هذا

طلب الشفعة والخصومة فإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك

على المطالبة اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى

لو سلم البيع ولم تطلب شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها

الطلب بان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة
واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع
وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر
كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة
رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان تركها شهرا بعد الاشهاد
بطلت وهو قول زفر رحمه الله معناه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي
تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على
اعراضه وتسليمه ووجه قول محمد رحمه الله انه لو لم يسقط بترك الخصومة ابدا يتضرر
به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه
آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر المذهب
وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه
كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان الشفيع غائبا ولا فرق في حق
بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق
لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع
الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه
الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق
قال رضي الله عنه يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار
وحدودها لانه ادعى حقا فيها وصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يساله
عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه
على ما قاله الخصاف رحمه الله وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا
وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف
المشتري ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى
عليه معنى لو اقر به يلزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيكون على العلم وان
فيحلف

طلب المواثبة

طلب التقرير

الدار او الارض

اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف رحمه الله انه

تجبر دون عذر

بلا عذر

مما حلف ليقضي دينه الى شهر

المشتري

اذا ليس له العاصي لا يسقط الا بالتصريح

او المشتري ان احد الدار في

اي للاعاده والاجابة والملك

المشفوعة

دعوة بشرط التحديد لان الدعوى انما يصح بعد

قوله اعلام البايع واعلامه

اي بذكر الحدود

من الشركة والجوار

اي الشرط الزايد حتى تتم دعواه

بالله ما

اي يستحلف اذا طلب لان القاضي نصب لقطع الخصومة

فاذا انكر يستحلف

وفي الاستحلاف بدون طلبه اختلاف

نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك
ساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع
اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة فان عجز عنها
استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق في هذه الدار شفعة من الوجه
الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه
في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى وانما يحلفه على البتات
لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على
البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن
في مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا
ظاهر رواية الاصل وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن
وهو رواية الحسن رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشفيع عساه يكون
مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره كيلا يتوى مال المشتري وجه الظاهر
انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط
احضاره واذا قضي للشفيع بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب
عليه الثمن فيحبس فيه ولو اخر اداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن اليه
لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي قال وان
احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصم في الشفعة لان اليد
له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع
بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري
واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما
اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا
اذ لم يبق له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى

بينة

عندهما على الحاصل وعند ابي يوسف على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا على الحاصل

اذا هلك العبد عند المودع فادعى عليه قيمته فلا يستحلف

معناه لا ينبغي ان يقضي وليس معناه لا يجوز لانه لو لم

وانما قال ذلك لانه يجر الاشكال على قول من قال لا يجوز القضاء عنده حتى يحضر الشفيع الثمن

اي القاضي

عند محمد

١٦٨

وهو أن البيع في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ
عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض
المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر
انفساخه لأن الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير
كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما إذا قبضه
فأخذه منه حيث تكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الأول
امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي
بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لأنه
هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال
إلا أن يسلمها إلى الموكل لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل
وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم
البائع إلى المشتري فيصير الخصومة معه إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل
فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا إذا كان البائع وكيلا
للغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه عاقد وكذا إذا
كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال وإذا قضي
للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وإن وجد بها عيبا فله أن
يردها وإن كان المشتري شرط البراءة منه لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة
الشراء الجبري أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء
ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا
يملك إسقاط حقه

فصل في الاختلاف

قال وإن اختلف
الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعي
استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه
ولا يتحالفان لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا

قال المصنف ولا نص ههنا فلا يتحالفان لأنه إنما اتفق في البائع والمشتري مع وجود الإنكار في الطرفين هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الإنكار ههنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعي عليه شيئا [illegible]

يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ههنا ولا يتحالفان
ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله و
قال أبو يوسف رحمه الله البينة للمشتري لأنها أكثر إثباتا فصار كبينة
البائع والوكيل والمشتري لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ
الأول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل
لأنه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وأنها ممنوعة على ما روي عن
محمد رحمه الله وأما المشتري من العدو فلما ذكر في السير الكبير أن البينة بينة
المالك القديم فلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك
إلا بفسخ الأول وأما ههنا بخلافه ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
لا والبينات للإلزام قال وإذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه
ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن
المشتري وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة
به وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط
يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى ولأن التملك على البائع
بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت المطالبة به فيأخذ
الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويترادان وأيهما
نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بقول البائع
لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وإن كان قبض الثمن
أخذها بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى
الثمن انتهى حكم العقد وخرج من البين وصار كالأجنبي وبقي الاختلاف
بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع
بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار
بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق

[illegible]

السفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو لم يلتفت الى قوله
لان الاول وهو الاقرار يقتضي الثمن خرج من البين فسقط اعتبار قوله
في مقدار الثمن والله اعلم **فصل فيما يوخذ به المشفوع**
قال واذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن
الشفيع واذا حط جميع الثمن لا يسقط عن الشفيع لان حط البعض
يلتحق بأصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا
اذا حط بعدما اخذها الشفيع بالثمن حط عن الشفيع حتى يرجع
عليه بذلك لقد كان حط الكل لانه لا يلتحق بأصل العقد وقد
بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى واذا زاد المشتري البايع لم يلزم
الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه
الاخذ بما قام عليه ولان فيه نظرا او نظيرا للزيادة اذا اجرد العقد
من الثمن الاول ولم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول
بناء كذا هذا قال ومن اشترى دارا يعرض اخذها الشفيع
بما قام عليه وان القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله
من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على
المشتري بمثل ما ملكه فيراعى بالقدر امكن كما في الاتلاف والعدد
المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد
منهما بقيمة الاخر لانه تعذر ايجاب المثل وهو سوى ذوات القيم فاخذ بقيمته قال
واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بالثمن حالا وان شاء
صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بقسط الاجل
وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لان كونه مؤجلا
وصف في الثمن كالجياد فله ان يأخذه باصله ووجهه
في الربوي وله ان الاجل الفاسد بالشرط لا يشرط فيما بين الشفيع والبايع

او المتاع وليس للرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت
الناس في الملاءة وليس للاخذ وصف الثمن لانه حق المشتري فلو كان وصفا
لم تتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن فصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم
وهذه غيرة لا يستحق الاجل بالشرط كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط
الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البايع عليه
المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ
الشفيع فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه بثمن مؤجل
واختيار الاستظار له دليل ان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث التاخير
وقوله في الكتاب ولم يزل صبر حتى ينقضي الاجل مراده ان لا يطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عندنا خلافا
لقول الحسن بن زياد رحمه الله ان حق الشفيع اذا ثبت بالبيع والاخذ اخر
الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال فان يؤدي الثمن حالا يشترط الطلب
عند العلم بالبيع قال واذا اشترى خمرا او خنزيرا وشفيعها ذمي
اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقتض بعضه فيما بينهم وحق الشفعة
يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ بالاول بالمثل وفي الثاني
بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير
فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بعدم المثلي وان
كان شفيعها مسلما وذميا احد المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر وذي نصفها
بمثل نصف الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر
لعجزه عن تمليك الخمر والاسلام يناكد حقه لان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر
من خل فخضر الشفيع بعد انقطاعه باخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصل

قال واذا بنى المشتري او غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة وهو بالخيار ان شاء اخذها
بالثمن وقيمة البناء والغرس ولم يأمره كلف المشتري قلعه وعند ابي يوسف رحمه الله

انه لا تكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالقيمة البناء والغرس وبين ان يترك

وبه قال الشافعي رحمه الله لان عنده له ان يقلع وتعطى قيمة البناء لان ابا يوسف

رحمه الله انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام

العدوان وغصب كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكالذي ازرع المشتري فانه

لا تكلف القلع وهذا لان في الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بمستحق الاخذ

فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل يستحق به حق التملك للغير من غير

تسليط من جهته من له الحق فتقرر كالواهب اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه

اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينفسخ بيعه وهبته وغيره من تصرفاته

بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهته

من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يسعى بعد البناء وهذا

الحق يبقى ولا معنى لاعطاء القيمة كما اذا لم يستحق وفي الرجوع بقلع البناء

استحسانا لانه نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة

تعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها السفيع بنى فيها او غرس

ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس

لا على البائع ان اخذه ولا على المشتري لو اخذها منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه

يرجع لانه مملك عليه فتنزل منزلة البائع والمسري والغرس على ما هو المشهور ان

المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق

السفيع من المشتري لانه محمود عليه واذا انهدمت الدار او احترقت وهلك

جذع شجر النسان بغير فعل احد فالسفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن للبناء

والغرس بابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا تقابلهما شيء من الثمن مالم يصر

مقصودا ولهذا يبيعها تبعا بخلاف ما اذا عرف

نصف الدار ضرب باخر الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل فاشبه ما لو

ترك ان له ان يمتنع عن تملك الدار كلها فاشبه ما لو

ان ثبت هذا فالغرصة بحصتها وان سيف قلع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله

شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك آفة سماوية وليس للسفيع ان يأخذ النقض

لانه صار مفصولا لم يبق تبعا قال ومن اتباع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها

السفيع بثمرها وهذا اذا كان الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذكر

ذكره استحسانا وفي القياس لا يأخذ لانه ليس بمبيع الا ترى انه لا يدخل في البيع من

غير ذكر فاشبه المتاع في الدار ووجه الاستحسان انه باعتبار اتصاله صار تبعا

للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فاخذه السفيع قال وكذلك

ان اتباعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذ السفيع لانه مبيع تبعا

لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع قال فان جزه المشتري ثم جاء الشفيع

لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يكن تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار

مقصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جزه المشتري سقط عن السفيع حصته

من الثمن قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا

فقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما بقي من الثمر بجميع الثمن لان

الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجري فيه الشفعة

وما لا يجري قال الشفعة واجبة في العقار ان كان مما لا يقسم وقال الشافعي

رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة اثما تجب دفعا لمؤنة القسمة وهذا

لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل عقار او ربع الى غير ذلك

من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار

على ما مر وانه سبب لكل القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر

والطريق قال ولا شفعة في الجرد والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة

ولا ربع او حائط ويقضى عليه مالك رحمه الله في الحائط بالشفعة اعتبارا

انها وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حتى

جوابه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل
اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا
بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق
العلو فيه لانه بما له من القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة
سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب وفي الحكمة فيستويان في الاستحقاق
ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد
اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة
لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او
قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة بها او
يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة
عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال على ما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب
الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها
الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها
كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله يتاتى فيما اذا جعل
شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول تقوم منافع
البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة والعتق
غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما
وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد
في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال
ولو تزوجها على دار على ان ترد اليه الفا فلا شفعة في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا
ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان
الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها

وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال
او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله
عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار
مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقيت الدار في يده فهو يزعم انها
لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء
ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح
باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية
اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك
لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل
بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط
لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه
شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم
يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة
الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار
فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع في الصحيح لان
البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك ومن اشترى بشرط الخيار
وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة
تبتني عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري
عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري
دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ
بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان
للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها
كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل

عندهما وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله فان طلب الملك لا يثبت المشتري عنده
ولتطلب الشفيع يدل على اسقاطه الخيار لان الشفعة لدفع ضرر سوء
الجوار وذلك استدامة ... يتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك

قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية

لما بينا ولا يصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة

في كتاب القسمة انه ثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما

ثبتا بخلاف القياس في الرضا فيما يتعلق بلزومه بالرضا وهذا المعنى موجود

في القسمة والله اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر

على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما

يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم

يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم

قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد

العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل هو مجرد حق التملك

فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فالفاسد

اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته على الخيار

بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه لا

عوض ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاري بالف فاختارت سقط الخيار ولا يلزمها العوض

لان مراده اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يلزمها العوض

والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل

الكفالة ولا يجب المال وعلى هذه رواية في الشفعة وعلى هذه في الكفالة

خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته

لانها مجرد حق لا تورث عنه قال رضي الله عنه اذا مات بعد البيع قبل

الشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع

لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع و

لان بالموت يزول ملكه عن داره وتثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه و

خيار ما خذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يسقط بصريح الابطال

وكيف لا الثابت اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية

لانعدام ملكه في الاولى حين بيع الثانية قال ومن اشترى دارا شراء

فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض لعدم زوال ملك البايع وبعده

لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت شرعا لدفع الفساد وفي اثبات حق

الشفعة تقرير الفساد بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح

لانه صار احق به نصا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط

حق الفسخ له دون البايع فباعتبار كونه احق يتحقق الضرر

حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال الملك وان بيعت الدار بجنبها وهي

في يد البايع بعد ذلك فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو

لان الملك له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا

باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة

ليس بشرط فيبقى الماخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البايع

المشتري قبل الحكم بالشفعة انه بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل

الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال

واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها

معنى الافراز ولهذا لا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة

قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها على البايع بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء او برضا فلا شفعة للشفيع لانه فسخ في

حق كل وجه وعاد الى قديم ملكه والشفعة انشاء التملك ولا فرق في

هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع

الشفعة لانه فسخ في حقها لولايتها على نفسها وقد قصد الفسخ وهو

بيع جديد في حق ثالث وهو اراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ

من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف في الجامع الصغير ولا شفعة في

البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط ولا يستوجب الشفعة
بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم تتغير سبب حقه
ولا ساع في دين المشتري ووصيته ولو باع القاضي او الوصي
فيها بوصيته فللشفيع ان تبطله وباحد الدارين لتقدم حقه ولهذا
ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل
ان يقضي له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك
وهو الاتصال بملكه وهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما
اذا سلم صريحا او ابراء عن الثمن وهو لا يعلم بشرط الخيار له اذا باع وهذا
الشفيع دارا بشرط الخيار له لانه لمنع الزوال وبقي الاتصال قال
وكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري
اذا باع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة
له ومن اشترى او اشتري له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوع
شفعي في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض
شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء ولذلك لو ضمن الدرك من
البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار
لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة
له لان البيع تم بامضائه خلافا لصاحبي المشروط له الخيار رحمهما الله
قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها
بيعت بافل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل
وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر
الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذلك
كيلي او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض
قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهو دراهم او دنانير ولم

باب ما يبيعت به وما لا شفعة فيه وكذا اذا كانت الكثر
قال ولا شفعة لاهل الذمة بعضهم على بعض لاختلاف الجنس ولانا ان الجنس
متحد في حق الثمنية قال واذا قبل المشتري فان سلم
الشفيع علم انه غير فله الشفعة لتعاون الجوار ولو علم
ان المشتري وضع غير فله ان ياخذ فصيت غيره لان التسليم لم يوجد
في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله
الشفعة لان التسليم للشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة
في ظاهر الرواية لان المسلم في الكل يسلم في ابعاضه

فصل

واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول
الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهل حمله
وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال
واذا ابتاع منهما سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم
الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري الباقي
شريك فتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الاول
مثلا والباقي بالباقي ولو ابتاعهما بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة
بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال
رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى يعم الجوار والشركة فيباع اصفاء
قيمته ونعطي بها ثوبا بقدر قيمته الا انه لو استحق المشفوعة
بقي كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به ولا وجه
ان يباع برد اهم الثمن حتى اذا استحق المشفوعة بطل
الصرف في حصة الدينار لا غير قال ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة
عند ابي يوسف رحمه الله ويكره عند محمد رحمه الله لان الشفعة انما وجبت
لدفع الضرر ولو انا لحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف رحمه الله

انه سبع من اثمان الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسائل متفرقة قال ولا دار اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ

نصيب احدهم وان اشتراها من خمسة رجل احدها كلها او تركها والفرق لتفرق الصفقة في الوجه

الثاني ياخذ البعض بتفرق الصفقة على المشتري وتعدد به زيادة الضرر في الوجه

الاول يقوم الشفيع مقام احدهم ولا تفرق الصفقة ولا فرق في هذا بينما

قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا

نقد ما عليه مالم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع بعد وصوله اليه

المشتري بخلاف ما بعد القبض لانه سقط يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا

او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفرقت كما ذكرنا

كما في المنتهى قال ومن اشترى نصيب دار غير مقسومة فقاسمه البائع

الشفيع النصف الذي صار للمشتري ويدخل في القسمة من تمام القبض ما فيه

من تكميل الانتفاع وبهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض

وان كان له منه بد بعود الضرر على البائع وكذا لا ينقضها هو من قام مقام الخلاف

ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع

حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم يكن القسمة من

تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف لحكم الملك فينقضه الشفيع

كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان للشفيع ان

ياخذ النصف الذي صار للمشتري من اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله

لان المشتري لما ملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما ياخذ اذا

وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر فاما

ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فلا شفعة وكذا اذا كان للعبد

هو البائع فللمولى الشفعة لان للاخذ بالشفعة ملك بالثمن فنزل منزلة الشراء

وهذا لانه مفيد لانه تتصرف للغرماء بخلافه اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه المولى

ولا شفعة لمن سبع له وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة

وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا

وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة

وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو

الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كدينه

وقوله ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطالا ضررا به ولهما انه في معنى

التجارة فيملكان تركه الا ترى ان لهما ان يوجبا عقدا للصبي صح رده من الاب والوصي

ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية

نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليلا على الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل

قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها مما يتغابن الناس فيه فله اخذ التسليم بالاجماع

لانه تخصص نظر او فعل لا يصح بلا تعاقد لانه لا ملك للاخذ فلا يملك التسليم بالاخذ

ولو بيعت بكل من قيمتها مما يتغابن الناس فيه او باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه

وابى ابو يوسف رحمه الله يصح التسليم

ومنها ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والله اعلم

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام

باشرها في الغنائم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تجري

عن معنى المبادلة لان ما يجمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو

يأخذ عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافراز اوالافراز

هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ

نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشتريا دارا فاقتسماها يبيع احدهما نصيبه مرابحة

نصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت

حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتريا دارا واقتسماها

لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انهما اذا كانا من جنس واحد

اجبر القاضي على القسمة طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد

والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة
يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على
القاضي إجابته وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة
باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم قال
وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر لأن
القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق
القاضي ولأن منفعة نصبه تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال
فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم
على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزقه من بيت
المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما
بالقسمة لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالأمانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم
على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله
ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي
لأنه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الأجرة غالية
بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر قال
وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الأنصباء
لأنه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة
المملوك المشترك وله أن الأجر مقابل بالتمييز وأنه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب
بالنظر إلى القليل وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف
حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن إن كان للقسمة فهو على الخلاف
وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت
وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لمنفعته ومضرة

الممتنع

الممتنع قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة
وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله حتى
يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر
في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا
أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه
بينهم لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه
بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لأنه لا منكر ولا
بينة إلا على المنكر فلا تفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم
ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة
مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى
ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة وإذا كانت قضاء على الميت والإقرار ليس
بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما
عن المورث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه
تقبل البينة عليه مع إقراره بخلاف المنقول لأن في القسمة نظرا للحاجة
إلى الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه ولأن المنقول مضمون على من
وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لأن المبيع لا يبقى
على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير وإن ادعوا
الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم لأنه ليس في القسمة قضاء
على الغير فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة
وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما
وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن يكون لغيرهما
ثم قيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل هو قول الكل وهو الأصح
لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليها وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه

ولا ملكاً فامتنع الجواز قال وإذا حضر الوارثان وأقاما البينة
على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب
قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلاً يقبض
نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب
وصياً يقبض نصيبه لأن فيه نظراً للغائب والصغير
ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضاً خلافاً لهما
كما ذكرنا من قبل ولو كانوا المشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم
والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه
بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب
أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة
قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ
ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصماً عن
الغائب فوضح الفرق وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء
منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير
لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من
غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه
والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة
البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال وإذا
حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور
خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً وكذا مقاسماً ومقاسماً
بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين لما بيناه ولو كان الحاضر وكبيراً صغيراً
نصب القاضي عن الصغير وصياً وقسمه إذا أقيمت البينة وكذا
إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما

ايديهما

اي في النصب

اي على اصل الميراث

وان اقاموا البينة على الشراء

كما على بايع المورث

يعني ان الوارث اذا وطي الجارية المتوارثة التي اشتراها مورثه وولدت للواطي ثم استحقت

حدید

لكل واحد

اي باخراج شيء كان في يدهما

اي المودع

وهذا عند ابي حنيفة لانه يحتاج الى اقامة البينة لا

البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه
وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وإذا كان كل واحد
من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن القسمة حق لازم فيما
يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل فإن كان ينتفع به أحدهم والآخر
يستضر به لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل
لم يقسم لأن الأول ينتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر
ذلك وذكر الجصاص رحمه الله على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار
بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في مختصره
أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والأصح
المذكور في الكتاب وهو الأول وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسم
إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز
بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي يعتمد الظاهر
قال ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد لأن عند اتحاد الجنس
يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا
يقسم الجنسين بعضها في بعض لأنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة
تمييزاً بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي
كل موزون ومكيل كثيراً أو قليلاً والمعدود المتقارب وتبر الذهب
والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم
ولا يقسم شاة وبعيراً أو حماراً ولا يقسم الأواني لأنها باختلاف الصنعة
التحقت بالأجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم
ثوباً واحداً لاشتمال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع ولا ثوبين
إذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب

لان القسمة تكميل المنفعة

وهو تولد لان احدهم لو طلب القسمة يسأل القاضي الباقين

كذا ذكر الجصاص

اي وجه ما ذكره الحاكم صار مندرجا في وجه رواية الكتاب

يعود على موضوعه بالنقض

١٧٧

وربع ثوب بثوب وثلثه ارباع ثوب لانه قسمه البعض دون البعض وذلك

جائز وقال ابو حنيفة رحمه الله لا تقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا لا يقسم

الرقيق الا الجنس كالعرب والابل والغنم والرقيق الغنم وله ان التفاوت في الآدمي

فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف كالخيل والحيوانات لان

التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان

ومن الحيوانات جنس واحد لخلاف العنام لان حق الغانمين في الحالة حتى كان

للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر

فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كالالى واللواليء وقيل لا تقسم الكبار

منها لكثرة التفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيد يجري على اطلاقه

لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى ان لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة

او خالع عليها لا يصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة

قال ولا تقسم حمام ولا بئر ولا بيت حمام الا بتراضي الشركاء وكذا الحوانيت

الدور لانه يستعمل على الضرر في الطرفين اذ لا بقي كل نصيب منتفعا انتفاعا

مقصودا فلا تقسم القاضي كخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور

مشتركة في مصر واحد قسم كل واحد على حدة لاختلاف وفي قول الحسن رحمه الله وقالا

لان كان لا اصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمتها وعلى هذا الخلاف لو اقر حمه

المتفرقة المشتركة انها جنس واحد اسما وصورة وحطا الى اصل السكنى

احاسن معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح

الى القاضي وله ان لا عتبار المعنى وهو المقصود ويختلف باختلاف البلدان

والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا فكر التعديل في

القسمة وبهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا الوتزوج على دار لا يصح

التسمية كما هو الحكم فيما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها

لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه

تقييد الوضع في الكتاب باشارة الى ان الدار ان اذا كانتا في مصرين لا تجمعان في

القسمة عندهما وهو رواية هلال رحمه الله عنهما وعن محمد رحمه الله انه تقسم

احديهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة لان التفاوت فيما

بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت المتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت

على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال واذا كانت دار وضيعة

او دار وحانوت قسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه

جعل الدار والحانوت والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف رحمه الله وقال في

اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس

واحد فنجعل في المسئلة روايتان او بنى جزمه الروايتين هناك على سببه المجانسة

والله اعلم **فصل في كيفية القسمة** قال وينبغي للقاسم ان يصور

القسمة ليتمكن حفظ ويعدله اي يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله

اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء اذا حتاج اليه

في الاخرى ويقرع لكل نصيب عن الباقي في طريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم

بنصب البعض تعلق بقطع المنافع ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم

يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة من

اول اسم السهم الاول ومن خرج اسمه دانيا سلم

خرج اسمه فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى

اذا كان الاقل نصيبا جعلها اثلاثا واذا كان سدسا جعلها اسدسا ليتمكن القسمة

شرحناه مشبعا في كفاية المنتهي وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه

معناه ان لا فصل فان لم يفعلوا ولم يمكن جاز على ما تركوه بتفصيله لرسالة الله تعالى

والقرعة لتطييب القلوب واذا جاءت تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير

اقراع جاز لانه في معنى القضاء فملك الالزام قال ولا تدخل في القسمة

الدراهم الا برضاهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الشركة ولانه

يحتمل التعديل في القسمة لان احدهما يتصل الى عين العقار ودراهم لا

في حصته ولعلها لا تسلم له واذا كان لها رضا وبناء فعن ابي يوسف
رحمه الله انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار
المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض
بالمساحة لانه هو الاصل في المقسومات ثم يرد من وقع البناء
في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يتساويا
فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالخراج لا ولاية له في المال لكن
على تسمية الصداق ضرورة الترويج وعن محمد رحمه الله انه يرد
على شريكه في مقابلة البناء ما يساويه من الارض فاذا بقي فضل
ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي الارض بقيمة البناء حينئذ يرد
الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها
وهذا بوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم سيل
في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق
والمسيل عنه لسر له ان يسترق ويتسبل في نصيب الآخر لانه
امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة
لان القسمة محتملة لبقاء الاختلاط فتبقى مع الخلاف البيع حيث
لا تفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يحتمل
تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا تتم ذلك
الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول وكذلك الجواب لان
معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد
نصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من
غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل
فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك
مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة

لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص
باعتباره ومعناه عدم الافراز وهو بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره
لا يدخل من غير تنصيص كالافاجانة حيث دخل فيها بدون التنصيص
لان ذكرها لمقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بدخال الشرب والطريق
فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة
ان كان يستقيم لكل واحد طريق بفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير
طريق يرفع جماعتهم لتحقق الافراز بالكلية وذلك وان كان لا يستقيم
ذلك رفع طريقا من جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فما وراء الطريق
ولو اختلفوا في قدر ما جعل على عرض باب الدار وطوله لان
لصاحبه شفعة بما وقع به والطريق على ما كان قبل القسمة لان القسمة
فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز
وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي
قال واذا كان سفل لاعلو له وعلو لا سفل له وسفل له علو فقوم
كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك وهو رضي الله عنه
هذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله تقسم
بالذرع محمد رحمه الله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من الخانات
يصير بابا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا تتحقق التعديل الا
بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في
المذروع دون القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى
لان في المرافق اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة
رحمه الله ذراع من سفل بذراعي علو وقال ابو يوسف رحمه الله ذراع
بذراع قبل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده
تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو

مع قولهما رحمهم الله وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رحمهما الله
انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن اعتق عبد بفعل غيره
فشهد ذلك الغير على فعله وله انهما شهدا على فعل غيرهما وهو لا يستوفي
والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة
عليه اولانه لا يصلح مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزمه القبض
والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله
اذا قسما ما جرا لم تقبل الشهادة بالاجماع وجه قال بعض المشايخ رحمهم الله
انهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة دعوى معنى
فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما
لانتفاء الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما
الخلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل
لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه برفع
المال الى آخر فتقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه دون الزام
الآخر اذا كان مكرما والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة وما يستحق فيها قال

واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه
وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم تصدق على ذلك الا ببينة لانه
بدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم يقم له بينة
استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم
بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيقضى
على الناكل على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لانا
قضينا والية اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت نصيبه
فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر

اخرى وهو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله
ان منفعة السفل تزيد على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات
العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فوات السفل وكذا السفل فيه منفعة
البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علو
الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعا من ذراع من السفل وهو قول ابي
يوسف رحمه الله ان المقصود اصل السكنى وهما يستويان فيه والمنفعتان
مثلان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله
ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة
اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى على قول محمد رحمه الله
وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في
مسئلة الكتاب ليجعل مقابله ما يه ذراع من العلو المجرد ثلثه وثلثون
وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل وثلاثة
وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلثه وثلثون
وثلث ذراع من العلو فبلغ مائة ذراع فساوى مائة من العلو
المجرد وجعل مقابلة السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون
وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغ مائة ذراع كما ذكرنا
والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل
مقابلة مثله وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان نجعل ازاء خمسين
ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع خمسون
منها سفل وخمسون منها علو قال واذا حلف المنفي سمون وشهد قاسما
قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول ابي يوسف رحمه الله
اول وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف رحمه الله قول محمد مع

ماية ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل منزلة مائة ذراع من

وان قال اصابني الى موضع كذا ولم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة

قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكر ابو سليمان رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله وابو حفص رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق

لان الدار المشتركة بين ثلثة اقتسمها اثنان

لان بمعنى الافراز والتمييز لم يتحقق
ولهذا لو كان استحقاق ذلك ظاهرا
لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذا
لا تبقى لانه لو بقيت لتضرر الثالث
بتفرق نصيبه

بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين الثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض
وهي المهاياة لان المهاياة قسمة المنافع وهي الاعراض وقدم الاعيان لكونها
اصلا لان الاعيان قائمة بنفسها والمنافع مرتبة عليها لانها تقوم بالاعيان
فقدم الاصول على الفروع كما عرفتها

اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي
سبب كان لم تسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم
مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة
اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه
كما الجبر في القسمة جبر القاضي الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع
المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب
احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل
ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل
المهاياة لانه ابلغ ولا تبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض
لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايآ في دار واحدة
على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز
لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه
افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل
واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط
لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا
يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد
تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث
الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في
المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان
اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ في
عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والاخر الاخر جاز عندهما لان القسمة
على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل
عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر

عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما
تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم
ولو تهايآ فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا
للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يتسامح
فيها ولو تهايآ في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز
ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهرا لان الدارين عندهما كدار واحدة
وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع
السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتيهما لان بيع بعض احدهما ببعض
الاخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي
ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما
فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة
اسه وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت
بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في
دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره
فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال
يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة
الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في
الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو زادت
الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق
التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في
نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع

ولا يضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين
جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه
بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح
لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا
وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته
من الفضل وكذلك يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع
ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان
في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة
ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو
التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا
يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل
او شجر او غنم بين اثنين فتهايآ على ان ياخذ كل واحد منهما طايفة يستثمرها
او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها
لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه الاعيان باقية ترد عليها القسمة
عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد
مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه
اذ قرض المشاع جايز والله اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع
باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة
هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
جايزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر ~~على نصف~~ على
نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز
اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي

اي رب الارض

الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد
بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد
لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روي عن النبي عليه
السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله
فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي
عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جايز
واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى
اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله
فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه
وللاخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور
تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها
على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود
لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد
وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان
المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار
لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما
للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان
نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط وما لم يعلم لا يستحق
شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط
عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد
حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا
للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما
على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد

جاز لان البقر آلة العمل كالو استاجر خياطا ليخيط
بالبذر لخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جاز
لانه استيجار للارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها
بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من
الآخر جاز لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا
ليخيط ثوبه بابرته او طباخا ليطبخ قدره وان كانت الارض والبقر لواحد
والبذر والعمل لآخر فهي حيلة وهذا الذي ذكرنا ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر كله يجوز
فكذا اذا شرط وجوده وصار كما اذا شرط العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر
ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء والبذر لا
ومنفعة البقر صلاحيته لقيام به العمل كذلك خلق الله تعالى فلم
تجانسا فتعذر ان يجعل تابعا لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان
فجعلتا تابعة لمنفعة العامل وهو شيآن آخر لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر
لاحدهما والارض والبقر والعمل آخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر
والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز
ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين
لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية
لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه
قال ولا يصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج
بينهما شايعا كحقيقة معنى الشركة فان شرط احدهما قفزانا مسماة فهي
باطلة لانه بنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر
وصار كما اذا شرط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرط
ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يودي الى قطع

الشركة في بعض معين او في حينه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا
رفع الخراج والارض خراجيته وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف
ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما
لانه معين يسلم فلا يودي الى قطع الشركة كما اذا شرط رفع العشر
وبقيه الباقي والارض خراجيته وذلك لان شرط ما على الماذيانات
والسواقي وما على الارض عشرية وذلك لان شرط ما على الماذيانات
افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع و
على هذا اذا شرط احدهما الخارج من ناحية معينة والآخر من ناحية اخرى
وكذا اذا شرط احدهما التبن والآخر الحب لانه عسى نصيبه آفة ولا
ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب
احدهما بعينه لانه يودي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب
وكذا شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت الشركة وكان التبن
فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي
حق لا يحتاج الى الشرط والفاسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال
مشايخنا رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للغرس فيما لم ينص عليه
المتعاقدان ولانه تبع للحب ايضا والتبع يقوم بشرط لا يصح ولو شرط
الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت المزارعة والخارج على الشرط
لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحق شركة
والشركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره
بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل يجب في الذمة ولا تفوت الا بعدم
الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه ولا يتخلف
الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان
البذر من رب الارض وللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له

قبل

لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد
فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من
قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض
بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر رد المثل لها فيجب رد قيمتها وهل
يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض
والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح
لان له مدخلا في الاجابة وهي اجارة معنى واذا استحق رد الارض الخارج
لبذره في المزارعة الفاسدة طالبه جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له
وان استحق العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل
لان النماء الحاصل من البذر وخارج من الارض وفساد الملك في منافع الارض
اوجب حقا مه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به
قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه
لانه لا مكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استاجر اجيرا
ليهيئ داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه
بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم لقوله الا ان تكون تجارة الا اذا كان غررا فسخ
به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر
من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في العمل الكراب فضل هذا في
الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك
واذا ما ان اخذ للتعاقد من بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه
في الاجارات فلو كان قد فعها في ثلث سنين فاما بنت الزرع في السنة الاولى ولم
يستحصد ما بقي الارض تترك الزرع في الزارع حتى يستحصد الزرع وتقسم
على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة

الاولى ضرارا بالعامل فيحافظ فيها على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحضر للانبات انتقضت المزارعة لانه ليس فيه
ابطال حق المزارع ولا سعي للعامل في مقابلة ما عمل لما بيناه ان شاء الله
تعالى واذا فسخت المزارعة بعذر فاصاب الزرع حق صاحب الارض فاحتاج
الى بيعها فباع حاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض
وحضر للانبات لشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج
فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض
ولا البذر حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير
اهون من الابطال ويحبره القاضي من الحبس لو كان حبسه في الدين
لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظالم
واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر
مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد وانفق على الزرع عليهما على مقدار
حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع اجر المثل تعديل
النظر من الجانبين فصار اليه ولو كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى
بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب
الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك بقينا العقد
في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما هنا العقد قد انتهى فلم
يبق ابقاء ذلك العقد فلم تحتمل العامل بوجوب العمل عليه فان انفق
احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له
عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه
من الضرار من الضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان يأخذه بقلا قيل
لصاحب الارض اقلع الزرع فتكون شركا او اعطه قيمة نصيبه كي

أنه وقعت على الزرع وارجع ما ينفقه في حصته لان المزارع لما امتنع العمل
لا يجبر عليه لان إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر
لنفسه وترك الارض من هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات
المزارع بعد نبات الزرع فقال ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع
وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم ما عملوا
لانا بقينا العقد نظرا لهم فلا يستحق الاجر لان استحقاق الاجر انما يكون
اذا كان الابقاء نظرا لغيرهم فان ابوا واقلع الزرع لم يجبروا على العمل
لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث على ما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه فان شرطاه
في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص ما ذكرنا من الصورة
وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات الصحيحة
ووجه ذلك ان العقد تناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فبقي
المال مشتركا بينهما والعقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك
ولا يقتضيه وفيه منفعة احدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن
على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للمتعامل
لاعتبار المال بمستصنع وهو احتياز مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي
رحمه الله وهذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك
كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة
فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه
وما كان بعد القسمة فهو عليهما وفي المعاملة قياس هذا ما كان قبل
ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان
كان بعد الادراك كالحداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الحداد على
العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة عليهما

لانه فاسد مشترك لا عقد ولو شرط الحصاد والزرع على رب الارض
لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد ان يقصل الفصيل او
جز التمر نسرا او التقاط الرطب ترك عليهما لانهما اسرعا العقد
لتأخرهما على القصيل وجز التمر نسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال الوجه رحمه الله المساقاة جزء من الثمر باطلة وقالا جائزة
اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة
هي معاملة والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي
رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة
لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان رفعة شركة
في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الزرع
دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا
المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا له كالشرب في بيع الارض
والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة
معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة تجوز ويقع
على ثمرة اول سنة لان الثمرة ادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت فيدخل
فيه ما هو المتيقن واذا ادرك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة
ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف
الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا وله انتهاء
بناء عليه فيدخله الجهالة وخلافها اذا دفع الارض قد غلب
ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة
الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وخلافها اذا دفع نخيلا او
اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة

لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانه تنمو ما تركت في الارض فجهلت وشرط تسميته للعامل

وحالة الملك

الجزء مشاعا لما بيناه في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة ولو سميا في

في قوله الا ان يكون الخارج بينهما شائعا بعد تمامه

المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود

اي الوقت تتاويل المدة بهاه

وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت

لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة

العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء في

اي النماء اصلا

المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج

لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد

اي ان النماء الاخرج في تلك المدة

منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب

واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الا في النخل

والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز

وهو انه عليه السلام عامل اهل خيبر والمعاملة

للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار

والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة لا سيما

على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر

فان التعليل عنده اعم لانه يجوزه بالقاصرة ايضا كالاجارة

عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة

كالاجارة

بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمرة

وهو ان في القاء بذره في الارض اتلاف ملكه فله ان يرضيهم

مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على

هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان

العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه

لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة

اي بغير عمله الا ثم الزيادة فيكون اجر عمله شيئا موجودا الا انه يجوز بخلاف

الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى

الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت

لانه في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل

[illegible]

ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة

والقياس الانفساخ لان الاجارة تنتقض بموت احدهما

رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر

ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط

وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ

فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد

بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان

كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا

كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة

العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار

الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا

هذا جواب اشكال وهو ان يقال خيار الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لورثة العامل وجوابه

عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة

في الخيارات الثلاث

والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن

بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز

لانه محل الاجارة المنفعة ... لا تقوم بنفسها فلا تقصد بعقادها والثمرة تقوم بنفسها

استيجارها وكذلك العمل كله على العامل هاهنا وفي المزارعة في هذا عليهما

لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل

وهاهنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ

بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون

العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب

القضبان الجعاد من النخل

الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل

لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا

ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احداهما

ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل

سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين

والشجر لم

[illegible]

لم يجز لكل اشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر
والغرس لرب الأرض وللعامل قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل لأنه في معنى قفيز
الطحان إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد
وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل
قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا
أصحها والله أعلم

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى إلا ما ذكيتم ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم
الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فإنها تنبئ عنه ومنه
قوله عليه السلام ذكاة الأرض يبسها وهي اختياري كالجرح فيما بين اللبة واللحيين
واضطراري وهو الجرح في أي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الأول
لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول وهذا آية البدلية وهذا لأن
الأول أعمل في إخراج الدم والثاني أقصر منه فاكتفى به عند العجز عن الأول
إذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد
إما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي وأن يكون حلالا خارج الحرم على
ما نبينه إن شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله
تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وتحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة
ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل
التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد
وصحة القصد بما ذكرنا والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا وإطلاق الكتابي
ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لأن الشرط قيام الملة على ما
مر ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب
غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولأنه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا
ودعوى قال والمرتد لأنه لا ملة له فإنه لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف

بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه
عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لأنه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني
من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والإطلاق
في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم
وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاة بخلاف
ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد لأنه فعل
مشروع إذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحها لا يحرم على المحرم قال
ولو ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا
أكل وقال الشافعي رحمه الله أكل في الوجهين وقال مالك رحمه الله لا يؤكل
في الوجهين والمسلم والكتابي سواء في ترك التسمية وعلى هذا الخلاف
إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول
من الشافعي مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة
متروك التسمية عامدا وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن
مذهب ابن عمر رضي الله عنه أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما
أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله والمشايخ
إن متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز
البيع لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على
اسم الله سمى الله أو لم يسم ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط
بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة أقيمت
مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم
الله عليه نهي وهو للتحريم والإجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث
عدي بن حاتم الطائي فإنه عليه السلام قال في آخره فإنك إنما سميت على كلبك
ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج بظاهر

ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره بان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان تضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي عليه السلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد

التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمة دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه الله في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا يجوز الاكثر بل يشترط قطع جميعها وعند ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلاث اي ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رحمه الله انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد

منها ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب
أحدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المريء فإنه
مجرى العلف والماء والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولأبي حنيفة رحمه الله
أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام وأي ثلث قطعها فقد قطع الأكثر
منها وما هو المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية
في إخراج الروح لأنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع
أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما إذا قطع النصف
لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح
بالظفر والقرن والسن إذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره هذا
الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج
ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة
كما إذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر
الأوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فإن الحبشة يفعلون كذلك
ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالحجر
والحديد بخلاف غير المنزوع فإنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وإنما
يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي ولأن فيه إعسارا على الحيوان وقد أمرنا فيه
بالإحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء أنهر الدم إلا السن
القائم والظفر القائم فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رحمه الله في
الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في
ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل قال ويستحب
أن يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء
فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم
شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي

عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت
أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال ومن بلغ بالسكين
النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ
قطع مكان بلغ والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما
روي عن النبي عليه السلام أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت وتفسيره
ما ذكرنا وقيل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه
قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لأن في جميع ذلك وفي قطع
الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة
ألم لا يحتاج إليه في الذكوة مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى
المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا
ألم فلا يكره النخع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل
الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال فإن ذبح
الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو
ذكوة ويكره لأنه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأو
داج وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكوة
فيها قال وما استأنس من الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم
فذكوته العقر والجرح لأن ذكوة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن
ذكوة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول
وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا وقال
مالك رحمه الله لا يحل بذكوة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ونحن
نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل كيف وأنا لا نسلم
الندرة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن
الشاة إذا ندت في الصحراء فذكوتها العقر وإن ندت في المصر لا يحل

بالعقر لانها لا يدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره
سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا تقدر على اخذهما وان
ندا في المصر فتحصل العجز والصيال كالندا ذا كان لا تقدر على اخذه
حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الزكوة حل اكله قال والمستحب
في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرها
جاز ويكره لاستحباب الموافقة لسنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في
المنحر وفيها في الذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع
الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رحمه الله انه لا يحل قال ومن نحر ناقة
او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام
ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يتغذى
بالمقراض ويتغذى بغذائها وتتنفس بتنفسها وكذا اكلها حتى يدخل في البيع
الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكوة
له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد ولانه اصل في الحيوة حتى تصور
حيوته بعد موتها وعند ذكاة تفرد بالذكوة ولهذا تفرد بالجناية والغرة
ويعتق باعتاق مضاف اليه ويصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي
وما هو المقصود من الذكوة وهو المتميز من الدم واللحم لا تحصل بالجرح
في الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح
في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل في حق التعذر
ولهذا يدخل في البيع بغير تسمية جوازه كيلا تفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها
كيلا تنفصل عن الحرة ولد رقيق والله اعلم

فصل فيما اكل

اكله وفيما لا يحل ولا يحل اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب

من الطيور لان النبي عليه السلام نهى عن اكل ذي ناب من السباع
وكل ذي مخلب من الطير والناب في السباع ذكر عقيب النوعين
فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لان كل ماله مخلب
من الطير فله ناب في السبع كل محتطف منتهب جارح قاتل عادي عادة وطبعا
التحريم والله اعلم كرامة لبني آدم كيلا تعدو سبع من هذه الاوصاف
الذميمة بالاكل اليهم ودخل فيه الضبع والثعلب ويكون الحدث
محمولا على السباعي رحمه الله في اباحتهما والفيل ذو ناب ويكره
وابن عرس من السباع والهوام ويكره اكل الرخم والبغاث لانهما
يأكلان الجيف قال ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب وليس من السباع
ولا الطير ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغراب وقال ابو حنيفة
رحمه الله لا بأس بأكل الغداف لانه يخلط فاشيه الدجاجة وعن ابي
يوسف انه يكره لانه اكل الجيف ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة
والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان
النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو
محمول على الشافعي في اباحته والزنبور من الهوام والسلحفاة
من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما يكره الحشرات
كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يحل اكل لحم الحمر الاهلية
والبغال لما روى خالد بن وليد رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى
عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
اهدى للمتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس
عندا ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
رحمهم الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله عليه السلام
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله

قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان
والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم وشرفها
ولانه آله ارهاب العدو فيكره اكله اجتراما له ولهذا يصرف لسهم
له في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر يتعارض
حديث خالد رضي الله عنهما والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عند كراهة
التحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به
لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال لا باس باكل الاذن لان النبي
عليه السلام اكل منه حين هدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه
ليس من السباع ولا من اكلة الجيف واشبه الظبي قال واذا ذبح
ما لا يوكل لحمه طهر جلده وجاز الانتفاع به دبغ او لم يدبغ لقوله
عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر الا الخنزير فان الذكوة لا تعمل
فيها لانها ذكوة في لحمه ولحم الخنزير نجاسة كالدم والدباغ وقال الشافعي
رحمه الله الذكوة لا يؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في اباحة لحم الجلد او
في طهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا
ان الذكوة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة
دون ذات الجلد واللحم فاذا التطهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصور
في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اهانة في الشرع فلا بد من
الدباغ وكما تظهر جلده يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا تفسد
خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل
وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يوكل وينتفع
به في غير الاكل قال ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك رحمه الله
وجماعة اطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير فالكلب والانسان
وعن الشافعي رحمه الله انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع
واحتجم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام

في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدم
لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما سوى السمك خبيثة وروي ان رسول الله عليه السلام عن دواء
يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا
محمول على الاصطياد وهو مباح فما الحل والميتة المذكورة فما روي
على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا
ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد
والطحال قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله
لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث
ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب
عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه لكون
موته مضافا الى البحر اذ ما مات فيه من غير آفة قال ولا باس باكل الجرث والضفادع
وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد الا ان
يقطع الآخذ راسه او يشويه لانه صيد البر وهذا يجب على المحرم بقتله
جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائر ما يحل اكله وروي عن
علي رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره
فقال كلوه كله وهذا غذ من صيد حتفه ودل على اباحته وان مات
حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص
الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات آفة كان
كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي ويجب
عليه قروح كثيرة بيناها في كفايته المنتهى وعند التناول يقطع المتبرد
عليها منها اذا قطع بعضها فمات فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته

بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم

كتاب الاضحية

الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن اولاده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي رحمه الله ان على قول ابي حنيفة رحمه الله واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ رحمهم الله الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظايف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة تضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد من الارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا وباليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ويروى عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان تجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكله كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه

قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس انه لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة

والاصح انها واجبة عند الكل

كان اصحاب المعني تجب عن العبد في ولده

لا يجوز من صاحب الكثير وصاحب القليل

كان مات رجل عن امراة وابن وترك بقرة فضحيا بها لم يجز لان نصيب المراة الثمن فلم يجز عنهما لانه

وعشرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجزئ في الاصح لانه لما جاز ثلاثة سباع
جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمه اللحم بالوزن لانه موزون
ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان شيء معه من الكارع والجلد اعتبارا
بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها بسته معه
اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجزئه وهو قول زفر رحمه الله لانه اعدها للقربة
ويمنع عن بيعها قبولا والاسراك هذا صفته وجه الاستحسان انه قلما يحد
بقرة سمينة لشرها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع واذا يطلبهم يغلب ان
فكان الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن ان الشراء للتضحية
لا يمنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف
وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ذكره الاشراك بعد
الشراء لما بينا قال ليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر
رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه
ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر
من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد
فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام
من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم
نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم
الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا شرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري
دون اهل السواد والامر التاخير لاحتمال التشاغل عن الصلوة فلا معنى
للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما روينا محمول على ما قاله الشافعي
رحمه الله في نفي الجواز بعد الصلوة قبل ذبح الامام ثم المعتبر في حق المكاني
الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي
العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وجيله المصري اذا اراد التعجيل لم يبعث

ها الى جانب المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهو الى انها تشبه الزكوة من حيث
انها يسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر
في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر
فان هناك يهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى
بعد ما صلى اهل المسجد ولم تصل اهل الخيانة اجزاه استحسانا لانه
صلوة معتبرة حتى لو اقتدوا به اجزاهم وكذا على هذا عليه وقيل
هو جائز قياسا واستحسانا وقال وهي جائزة الى ثلاثة ايام يوم النحر
ويومان بعده وقال الشافعي رحمه الله ثلاثة ايام بعد يوم النحر لقوله عليه السلام
ايام التشريق كلها ايام ذبح ولما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله
عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوا سماعا لان البدلي
لا يهتدي الى المقادير والاخبار تتعارض فاخذنا بالمتيقن وهو ما قالوا
افضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل
والمعارض وجوب الذبح في ليالي ايام النحر الا انه يكره احتمال الغلط في ظلمة الليل
وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل مضى اربعة اولها يوم النحر لا غير
واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل
من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة تتوفى بها في
الوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح
حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية
وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة ان شاء او لم يستر لانها واجبة على الغني
ويجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عند اداء الوقت عليه
التصدق اذا حان لغير العذر كالجمعة تقضي بعد فوتها بظهر والصوم
بعذر فدية قال ولا تضحى بالعمياء والعوراء التي لا مشي لها من المهزال

ولا عجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها
والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال
ولا يجوز مقطوعة الاذن والذنب اما قطع الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين
والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود
فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن
والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن
التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار
الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين
او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث كثير
فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا وفيما اذا لا تنقاد للرعي
فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة
ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي للاكثر من النصف اجزاه اعتبارا
للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله قال
ابو يوسف رحمه الله اخبرت يقولي لابي حنيفة رحمه الله فقال قولي هو قولك قبل
هذا رجوع منه الى قول ابي يوسف رحمه الله وهو معناه قولي قريب من قولك
وفي كون النصف نادرا وايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف
رحمه الله لم يعرفه المقدار في غير العين يتيسر وفي العين قالوا اشد العين
المعيبة بعدان لا تعتلف الشاة يوما او يومين لم يقرب اليها العلف قليلا
قليلا فاذا اباه من موضع اعلم على ذلك المكان لم تشتر عينها الصحيحة
وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اجاءها من مكان اعلم عليه لم ينظر الى
تفاوت بينهما فان كان الشاة الذاهب الثلث او لنقصان يصفها فالنصف
قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق

به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب
وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوئين قال
والثولاء وهي المجنونة وفيما هذا اذا كان يعتلف لانه لا يخل بالمقصود
اما اذا كان لا يعتلف لخبثه ولجربه ان كانت سمينة جاز لان الجرب
في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب
في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رحمه الله
انه يعتبر في الاسنان القلة والكثرة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به
اجزاه لحصول المقصود وهو المسكة وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز
ان كان هذا الان معطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعدم الاذن
اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو
اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان
كان فقيرا لحرمة هذه لان الوجوب على الغني بالسبب ابتداء لا بالشراء
ولم يتعين وعلى الفقير بالشراء بنية الاضحية تعينت فلا يجب عليه صحيحة
نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا مات المشتراه
للتضحية على اليسر كما تها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او
سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر يجب
احداهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها
فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حاله
الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه جعل له اعتبارا وحكما وكذا
لو تعيبت بهذه الحالة وانفلتت ثم اخذت على ما قالوا عند محمد رحمه الله خلافا
لابي يوسف رحمه الله لانه جعل مقدمات الذبح
قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم ينقل
التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم

قال يجزى من ذلك كله الثنى فصاعدا الا الضان فان الجذع
منه يجزى لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر عليكم فاذبحوا
فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع
من الضان قالوا وهذا اذا كان عظيما بحيث لو خلط بالثنيان لشبه
على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب
العرب وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز
ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين
ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود من ظبي
والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا ذبح الظبي على
الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة نفر ليضحوا بها فمات
احدهم قبل النحر قالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان
كان شريك السته نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجه
ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان
وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لان المقصود
وهو القربة وقد وجد وهذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير
عرفته قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا فقبل
ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد
اللحم ينافيها وان لم ينفع البعض قربة والاراقة لا تجزي في حق القربة
لم يقع الكل ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرنا استحسان
والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه تبرع لا تلاقي
فلا يجزي عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت
كالتصدق كلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها
عن صغير في الورثة او ام ولد حاز لما بينا انه قربة ولو مات احدهم

ام احد الشركاء صغير
او ام ولد يريد صحح عنه ابوه
وصحح عنهما مولاهما

منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم ينفع بعضا
قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل
الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت
نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها واذخروا ومتى جاز اكله
وهو في حاز ان يوكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن
الثلث لان الاضحية ثلاثة الاكل والاهداء والاطعام لقوله
تعالى واطعموا القانع والمعتر فاقسم عليها اثلاثا قال
ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت
كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا
باس ان تشترى به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك
مثل ما ذكرنا لان البدل له حكم المبدل ولا تشترى بما لا ينتفع الا بعد
استهلاكه كالخل والاباريز اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه
انه تصرف على قصد التموّل واللحم عنزلة الجلد في الاضحية فلو باع
الجلد او اللحم بالدراهم او ما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه
لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته
فلا اضحية له نفيد كراهية البيع اما البيع جايز لقيام الملك
والقدرة على التسليم ولا يعطى اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه
السلام رضي الله عنه لحلالها وخطمها ولا تعط الجزار منها شيئا
والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يحز
صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحه لانه الترم اقامة القربة
بجميع اجزايها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدى
ويكره ان يجلب ليبها وينتفع بها كما في الصوف والافضل
ان يذبح اضحيته بنفسه ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه

فلا فضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها
بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي
أضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره
ان يذبحها الكتابي لانه عمل قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح
جاز لانه من اهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته ونيته بخلاف
ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا قال
واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ عنهما ولا
ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره
بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية
في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح
وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا
ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها
للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها
غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة
لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض
فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر
مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له
مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه
ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم
غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت
كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر
على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه
او رفع الجرة واما لها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد

هو النار فيه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت
فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في
هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول
في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمن
لانه وكيله فيما فعل دلالة وان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد
منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان
غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان
يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم
فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه
كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب
شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب
بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك
له الا بعد الذبح والله اعلم

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي
عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا
قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل في الاكل والشرب
قال ابو حنيفة رحمه الله تكره لحوم الأتن والبانها وابوال الابل وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف
رحمه الله انه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم
في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه
قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب
والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب من اناء

اضحية غيره بغير اذنه صح
ضريعا محض خلافا فيه لزفر
بعينها فيساوي فيه القياس
والاستحسان كما ذكرنا
فيأخذ كل واحد منهما لحم

وعند محمد حلال

الذهب والفضة اذا خرج في بطنه نار جهنم وأتى ابو هريرة رضي الله
بسراب فيه اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا كان
هذا في الشرب فكذا في الاكل ونحوه لانه في حقه ولانه تشبه بزي المترفين
وتنعم بنعم المترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي
فيه الرجال والنساء لعموم النهي فكذلك الاكل يلحقه الذهب والفضة
والمموه كالمموه بالذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة
وغيرها لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج
والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب
والفضة في التفاخر به وقلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر
بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند
حنيفة رحمه الله والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي
المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي
موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع
الجلوس وقال ابو يوسف رحمه الله يكره وذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة
رحمه الله ويروى مع ابي يوسف رحمهم الله وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب
بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمنجد
وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا اختلاف في
اللجام والركاب والنثر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب
او فضة على هذا وهذا اختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص
فلا بأس به لاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء كمستعمل جميع الاجزاء فيكره
كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع
ولا معتبر بالتابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب
وحمار الذهب في القصب قال ومن ارسل اجيرا مجوسيا او خادما فاشترى

لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان
قول الكافر في المعاملات مقبول لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل
ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة
وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه
اذا كان ذبحه غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل
اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن
قول العبد والخادم والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء
وكذا الاكل لكنهم استحبوا السجود على الاذن عند الضرع في الارض
والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قول هؤلاء يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير
اذا قال جاريته لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها
لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا
قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات
والعدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فلو شرطنا
العدالة لوقع الناس في الحرج فقبل قول الواحد فيها
عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج
اما الديانات لا يكثر وقوعها حتى يقع الحرج فلم نشترط
فيها زيادة شرط فلا نقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم
والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم لخلاف المعاملات لان الكافر
لا حكم له في حقنا الا في المعاملة ولا تنتهي المعاملة الا بعد قبول قوله
فيها فكان فيه ضرر ولا نقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يحول القضاء به
وفي ظاهر الرواية هو الفاسق سواء حتى يعتبر فيها اكبر الرأي
قال ولا نقبل في المعاملات قول الفاسق ولا نقبل في الديانات
العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فلو شرطنا
العدالة لوقع الناس في الحرج فقبل قول الواحد فيها
عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج
اما الديانات لا يكثر وقوعها حتى يقع الحرج فلم نشترط
فيها زيادة شرط فلا نقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم
والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم لخلاف المعاملات لان الكافر
لا حكم له في حقنا الا في المعاملة ولا تنتهي المعاملة الا بعد قبول قوله
فيها فكان فيه ضرر ولا نقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يحول القضاء به
وفي ظاهر الرواية هو الفاسق سواء حتى يعتبر فيها اكبر الرأي

قوله تفاصيل كما اذا اشترى مسلم لحما فلما قبضه اخبره مسلم ثقة انه ذبيحة
لم يسعه ان ياكله لانه امر ديني وكذا لو اخبر ان هذه الجارية اخته من الرضاع لان [illegible]
الرضاع يرد عليها الملك ابتداء لو علم ذلك قبل الشراء او في لو اشترى طعاما او جارية او ملكها
بميراث او هبة او صدقة او وصية فشهد مسلم ثقة ان هذا لفلان غصبه البائع منه او الواهب
او الميت او المتصدق فالمستحب ان يتنزه من اكله ووطء الجارية لانه موضع الريبة وان لم يتنزه
كان في سعة من ذلك لانه لم يخبر بحرمة العين وانما اخبر ان من يملكه من جهته لم يملكها فلا يقبل قوله
لانه صار مكذبا في هذا الخبر شرعا فان الشرع جعل صاحب اليد مالكا باعتبار يده ولو اخبر مسلم ثقة انها
حرة الاصل او كانت امة لهذا الذي في يده اعتقها [illegible] ان الخبر يكذب في التنزه
[illegible] لما ذكرناه

العداله الصدق واجب القبول لرجحانه ومن المعاملات ما ذكرناه و
التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبر مسلم مرضي
لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر
رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا فان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع
العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري
مجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب
الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء
لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل
وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن دعي الى وليمة
او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا باس بان يقعد وياكل وقال ابو حنيفة
رحمه الله ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام
من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة
من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر
على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان
ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية
على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير
مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى
لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد
الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما
اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسالة على ان الملاهي كلها حرام
حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء
بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال لا يحل للرجال
لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج
الابريسم المطبوخ سمي الثوب المتخذ منه حريرا

وقال

وقال عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث
آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي ان النبي صلى
الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان
محرمان على ذكور امتي حل لاناثهم ويروى حلال لاناثهم الا ان القليل
عفو مقدار ثلثة اصابع او اربع اصابع كالاعلام والمكفوف
بالحرير لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع
اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه
كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا باس بتوسده والنوم عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول
محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره
من المشايخ رحمهم الله وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه
على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه
بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه
عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس
مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل
من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا باس
بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رحمه الله انه عليه
السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة
فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه
ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة
اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور
لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا باس بلبس
ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة

١٩٥

رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما
يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة دون السدى وقال
ابو يوسف رحمه الله اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا
ارى بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال
وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا باس به فى الحرب للضرورة ويكره
فى غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا قال ولا يجوز للرجال
التحلى بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه فى معناه الا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت
عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء فى اباحة ذلك آثار وفى
الجامع الصغير لا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر
والحديد والصفر حرام وراى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر
فقال ما لى اجد منكم رائحة الاصنام وراى على آخر خاتم حديد فقال
ما لى ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق فى الحجر الذى يقال له
يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب فى الكتاب يدل
على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن على رضى الله عنه
ان النبى عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة
ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة
هى المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من
حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين فى حقهن
وانما يتختم القاضى والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل
ان يترك لعدم الحاجة اليه ولا باس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص
اى فى ثقبه لانه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعد لابسا له ولا يشد الاسنان
بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله

لا باس

لا باس بالذهب ايضا وعن ابى يوسف رحمه الله مثل قول كل واحد
منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ
انفا من فضة فانتن فامره النبى عليه السلام بان يتخذ انفا
من ذهب ولابى حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه التحريم والاباحة
للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهى الادنى فبقى الذهب على التحريم
والضرورة فيما روى لم تندفع فى الانف دونه حيث انتن قال
ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم
لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما
حرم شربه حرم سقيه قال ويكره الخرقة التى تحمل فيمسح بها العرق
لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التى يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل
اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن
تكبر وتجبر وصار كالتربع فى الجلوس ولا باس بان يربط الرجل فى
اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة
وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت
بهم كثرة ما توصى وتعقاد الرتم وقد روى ان النبى عليه السلام امر
بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو
التذكر عند النسيان والله الهادى

فصل فى الوطى والنظر والمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية
الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر
منها قال على وابن عباس ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما
وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان
فى ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا
واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن

الى حنيفة رحمه الله انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يباح له النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان
كان لا يأمن من الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام
من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صبت في عينيه الآنك يوم القيامة
فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة يحترز عن المحرم وقوله لا يأمن يدل
على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم وكان اكبر رايه ذلك ولا يحل
له ان ينتهي وجها ولا كفها وان كان يأمن الشهوة لعدم المحرم وانعدام الضرورة
والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امراة
ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما
اذا كانت عجوزا فلا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسها لعدم الشهوة وقد
روى ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبايل التي كان يسترضع فيهم
وقد كان يصافح العجايز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهما استاجر عجوزا التمرضه
وكانت تغمز رجله وتغلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما
فلما كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعرض للفتنة والصغيرة
اذا كانت لا تشتهى تباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز
للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر
الى وجهها وان خاف ان تشتهى لحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء
واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة
بتحرزا عما امكنه التحرز وهو القصد القبيح فاما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى
قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء
ومن اراد ان يتزوج امراة فلا بأس بان ينظر اليها واذا علم انه لا يشتهيها لقوله
عليه السلم فيه ابصرها فانه اجدر ان يدوم بينكما ولان اقامة الشهوة
ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امراة

قدامها ان نظر الحسن الى الحسن اسهل فان لم تقدر وا يستر كل عضو منها سوى
موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر
بقدرها وجاز كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع
الا حتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للقوابل القواعد
على ما روى عن ابي يوسف رحمه الله لانه اصابة المرض قال ونظر الرجل
الى الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة
الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وهذا
يثبت الترة لان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي والبركة
عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر
وما دون السوءة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الكرخي رحمه الله
معتمدا فيه على العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو
هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال البركة من العورة وابدى
لحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال
عليه السلام لجرهد وارخ فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان البركة
تلتقي عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله تغلب المحرم
وحكم العورة في البركة اخف منه في الفخذ فيما احتف منه في السوءة حتى
ان كاشف البركة لم ينكر عليه بر فق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف
السوءة يؤدب انى بلغ وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس
لانها فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى
ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة
في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الجنايات من الاصل
ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي كنظر الرجل الى محارمه لان النظر
الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها

غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المراة داخله في حق المحارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا راى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا باس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رايه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عايشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر الى سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر

اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كان تحته امة غيره فقد ذكرناه في كتاب النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبريها والاصل فيه قوله عليه السلم في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك

اي المعانقة والمقابلة والمصافحة

جمع حبلى

جمع حايل

الصواب بالهمزة كذا في المغرب

اشترى من الماذون والمكاتب

بان باعها ابوه او وصيه

199

ومن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب
وإدارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فتعتبر بتحقق السبب
عند توهم الشغل وكذا لا تحترأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا
بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض
ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان
السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا تحترأ
بالحاصلة قبل الاجازة في البيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا
بالحاصلة بعد القبض في شراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا
بما قلنا وجب على حارس المشتري فيها شفع فاشترى الباقي لان السبب
قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة وتحترأ بالحيضة التي حاضتها
بعد القبض وهي محبوسة او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء لم ينفسخ
المجوسية وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك
واليد وهو يقتضي الحل والحرمة مانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء
اذا رجعت الآبقة او رجعت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة
لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فاندفع
الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى
واذا ثبت وجوب الاستبراء وجرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه
او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع
بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك
ولان زمان نفرة فالطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في
المشتراة قبل الدخول اصدق المرغبات فيفضي اليه ولم يذكر الدواعي
في المبسوط وعن محمد رحمه الله انها لا تحرم لانها لا تحتمل وقوعها في غير الملك
لانه لو وطئها حبل لا تدعو البائع دعوة الجزئي بخلاف المشتراة على ما بيناه والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما بيناه وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم
في حقهن مقام الحيض كما في العدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء
بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة
وان ارتفع حيضها تركها حتى تدخل في اليأس لانها ليست بحامل ورفع عليها
وليس فيه تقدير في الظاهر الرواية وقيل تمكث شهرين او ثلاثة
وعن محمد رحمه الله اربعة اشهر وعشر وعنه سبعون يوما وخمسة ايام اعتبارا
بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن ابي حنيفة رحمه الله ستتان وهو رواية
عن ابي يوسف رحمه الله قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء
عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة و
الماخوذ قول ابي يوسف رحمه الله فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في
ظهر هادك وقول محمد رحمه الله فيما اذا قربها والحبل اذا لم يكن تحت المشتري
جرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت حبلى ان يتزوجها
البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن لوثق به انه لم يشتريها
ويقبضها او قبضها ثم تطلق الزوج لان عند وجود السبب
وهو استحداث الملك الموكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له
لا يحب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب
كما اذا كانت معتدة الغير فان ولا تقرب الظاهر ولا يلمس
ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء
الى ان يكفر حرم الدواعي لافضائه اليه لان الاصل ان سبب الحرام
حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة
بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض لحدث شرط عدمها والصوم
عند سهرا ارضا والكل تفلا في المنع عنها بعض الحرج وكذلك الغير
ما عددناها لقصور شرودها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل

وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض ومن له امتان اختان فقبلهما
بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر
الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل
هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهم لان
الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان
الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلها
فكانه وطيها ولو وطيها فليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي الدواعي
فيها فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة
لما بينا الا اذا ملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم
عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك
بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي
يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة
كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهنها احديهما واجارتها
وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد
به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي
الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح
الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة دون
الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امراتين لا
يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل
فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي
عليه السلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما

ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن
المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف
في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا باس
به بالاجماع وهو الصحيح قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث
وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع
العذرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين
فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه
يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف
العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط وهو المروي عن محمد
رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط
في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن علم
بجارية انها لرجل فراى اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه
ان يبتاعها ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد
في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا
قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا
كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة
المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر
رايه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي
يقوم مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب
اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل
قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة في حقه وان لم
يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها

الملك الثاني لأن يد الأول دليل ملكه وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها
وإن كان ذو اليد فاسقا لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق
والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل
الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع
ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي
وإن كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لأن
المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيه لغيره فإن أخبره أن مولاه أذن
له وهو ثقة قبل وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي وإن لم يكن له رأي لم
يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها
الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها
بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق يعني بعد التحري
فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج لأن القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت
لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس أن يتزوجها وكذا إذا قالت
المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني
وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول وكذا لو قالت جارية
كنت أمة فلان فأعتقني لأن القاطع طارئ ولو أخبرها مخبر أن أصل
النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة
لم تقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبره
مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج بأختها و
أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام
على العقد يدل على صحته وإنكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف
ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو
أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارئ والإقدام

الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق
ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما
كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق
المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال وإذا باع المسلم خمرا وأخذ
ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانيا
فلا بأس به والفرق أن البيع في الوجه الأول قد بطل لأن الخمر ليس بمال
متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه من
البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الذمي فملكه
البائع فيحل الأخذ منه قال ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين
والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي فأما
إذا كان لا يضر فلا بأس به والأصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق
والمحتكر ملعون ولأنه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع إبطال
حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة
صغيرة بخلاف ما إذا كان لا يضر بأن ~~كان لا يضر بأن~~ كان المصر كبيرا
لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره وكذلك التلقي على التفصيل لأن
النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا إذا
لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فإن لبس فهو مكروه في الوجهين
لأنه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن
والقت قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة
حبسه فهو احتكار وإن كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن محمد رحمه الله أنه
قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في
الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة إذا قصرت
لا يكون احتكارا لعدم الضرر وإذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق

الضرب ثم فعل هي مقدرة بما دون اربعين يوما لقول النبي عليه السلام من
احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر
لان ما دونه قليل عاجلا والشهر وما فوقه كثير آجلا وقد مر في غير موضع
دفع التفاوت في المالكين لئلا يتربص الغني وبين لئلا يتربص الفقير فالحاصل
العياذ بالله وفعل الملة للعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت الملة ولكن الحاصل
ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه
من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة
الا ترى انه له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول
ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها
وقال ابو يوسف يكره له طلاق ما دون يوم وقال محمد كل ما نقل منه الى المصر في
الغالب فهو بمنزلة فناء المصر لهم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به
بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم يجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم
يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله
عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق
ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره ولا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا
اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا
الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك
وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا
له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون
على المسلمين في القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا
بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصر فاذا فعل
ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اخذه القاضي بقيمة عدل طاهر
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم

باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل
يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه فيه اختلاف عرف في
بيع مال المديون وفي بيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع
ضرر علم وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه
ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبب الى المعصية وقد بيناه في البيوع
وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله
في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا
لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة
لان المعصية تقوم بعينه قال ومن استأجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار
او كنيسة او بيعة او باع منه لم يأس به وهذا عندي اذا
حصر رحمه الله وقالا لا يفعل لانه يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية
وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم
ولا معصية فيه انما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فيقطع
نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يتمكنون من اتخاذ البيع والكنائس
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها
بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة
فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يتمكنون فيها ايضا وهو
الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عندي خلافا لهما
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية
وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان
في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد
به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع
بناء يبنى غلة ويكره بيع ارضها وهذا عندي حسن رحمه الله وقال لا بأس

بيع أرضها أيضا وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأنها مملوكة لهم لظهور
الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة
وقد ظهر آثار التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا
يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره
إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربوا ولأن أراضي
تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها سكنها ومن
استغنى عنها أسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره
له ذلك لأنه ملكه قرضا جر به نفعا وهو أن يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى
رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ ما شاء
جزءا فجزءا لأنه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ مسائل
متفرقة قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود
رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير
والنقط ترك التجريد ولأن التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ
الإعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك
إخلال بالحفظ وهجران للقرآن فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف
لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد
ذكرناه من قبل قال ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام وقال
الشافعي رحمه الله يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي رحمه الله
قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولأن
الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب
يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رحمه الله والتعليل بالنجاسة عام فينتظم
المساجد كلها ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أنزل وفد ثقيف في مسجده

يستأصل

حشيشها

أي مكة

أي ما كتبه القراء ... جردوا المصاحف

وكذا كتبة أسامي السور وعدد الآي وإن كان إحداثا فهو بدعة حسنة

إنما المشركون نجس

وهم كفار ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد والآية محمولة
على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في
الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لأن الرغبة في استخدامهم
حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء
البهائم وإنزاء الحمير على الخيل لأن في الأول منفعة البهيمة والناس
وقد صح أن النبي عليه السلام ركب البغلة ولو كان هذا الفعل حراما لما ركبه
لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لأنه
نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبي عليه السلام عاد
يهوديا مرض بجواره قال ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد
العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في
كراهية الثانية لأنه من القعود وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزه
بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف
رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث لأنه مأثور عن النبي
عليه السلام روي أنه كان من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك
التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره
أن يقول في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق
على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر
وكل لهو لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار
وإن لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل إلا الثلاث
تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض
الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام
وهو محكي عن الشافعي رحمه الله ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج

٣٠٤

أي مستولين على أهل الإسلام متغلبين من حيث التلبس والقيام بعمارة المسجد

كانت الولاية والاستعلاء لهم ولم يبق بعد الفتح

خصاه نزع خصيته

والناس

وقعد عند رأسه وقال له قل لا إله إلا الله محمد رسول الله فنظر المريض إلى أبيه فقال أبوه أجبه فأجابه وشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله ثم مات فقال رسول الله الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار

وفي المعروف

فيوهم أن عزه حادث لتعلقه بالمحدث

ومنهم من علل بأن هذا دعاء لا نفهم ... لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه رأى رجلا يقول اللهم اجعلني من الأقلين فقال له عمر ما هذا فقال قوله تعالى وقليل من عبادي الشكور فعلاه بالدرة ونهاه عن مثله ... لا يفهمه الناس

والنرد شير فكاتما غمس يده في لحم الخنزير ودمه نوع لعب صبّ
عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام
ما لهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به يسقط عدالته و
ان لم يقامر لا يسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما
التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله بذلك باسا لشغلهم
عامهم فيه قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته و
استعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير
وهذا استحسان والقياس كله ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس
من اهله وجه الاستحسان ان النبي عليه السلام قبل هدية سلمان حين كان
عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب دعوة من
الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان
في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا ملك ما هو
من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس
قال ومن كان في يده لقيط او آبق فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة
واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية
لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لمواله التقنية لان الولي
هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة جال
الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الصغار وذلك
جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم
واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في
حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول
الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي
بنفسه اذا كان يعقل لان اللايق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي

فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار عنزله الانفاق قال ولا يجوز
للملتقط ان يؤجره ويجوز للام ان تؤجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز
للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم
ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل
لان عند ذلك يحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه
وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده البراية
البرايه وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يجول راسه وهو
معنى بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاجراق بالنار وقد
يكره ان تقيد لانه سنة المشركين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في
العبد تحرزا من اباقه وصيانة لماله قال ولا باس بالحقنة يتداوى به
للتداوي لان التداوي مباح بل جاء وقد ورد باباحته الحديث
ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل الجرم كالخمر
ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا باس برزق القاضي لانه
عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا
رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فيكون
نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة
كما في الزوجة والمضارب اذا سافر فمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية
فان كان شرطا فهو حرام لانه استحق على الطاعة اذ القضاء طاعة بل
هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه
لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاستعانة بالكسب تقعد عن اقامته
وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا بيت المال وقيل
الاخذ وهو الصحيح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن
يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته

رزقا يدل على انه يتقدر بالكفاية ونبتدئ الرسم باعطائه في اول السنة لان
الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في آخر
السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى
رزق سنة وعجل قبل استكمالها فهو على اختلاف معروف في نفقة المرأة
اذا ماتت في السنة بعد استعجال السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا
باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما
يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة
لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة
سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او
كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية
بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه
فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى ما قدم خرابه و
المروي عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع
انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة
لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين
ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن
القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون
قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد
رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان
قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة
السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام

219

ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه
لقوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت
يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم
لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب
فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه
العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه
بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها
ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها
لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها
من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة
فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة
ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد
ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع
ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء
سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان
فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا
ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع
كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر و
الخراج فاذا لم يحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان
التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة و
التحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله
او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح

وانما ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله ليس للمتحجر بعد ثلاث سنين حق
ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره
فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها
من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد
انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها
غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار
كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير
الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها
من الشوك او جز ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها
وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول
او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو
كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل احدهما
يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها
مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها
بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها
قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية
ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا
لما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى
هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح
والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية
فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او
بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء وان كانت للعطن
فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها

ولو حوط عليها المسناة
او سقى نهارا فهو
احياء كذا في المبسوط

اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح
انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان
كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون
ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر
العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه
قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن
للاستقاء منها بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه
من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص
المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله
في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه
وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر
الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا
يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع
لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري
فيه الماء الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف
والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع
هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما
ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول
الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه
كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة
تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا
في حريم الاولى فللاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني

عطف تفسيري

اي لو اراد الحافر الاول ان يواخذ
الحافر الثاني بالكبس والاصلاح

فيه وقيل ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في
دار غيره فانه يوخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه
كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي
للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا
ضمان عليه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان
بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجيرا او هو
تسبيب بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية
ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بيرا وراء
حريم الاول فذهب ماء بير الاول فلا شي عليه لانه غير متعد في حفرها
وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر
الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة
البير في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم
الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء
على الارض وهو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة
تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا
في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه الثمرة ويضعه فيه وهو مقدر
بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما ترك الفرات والدجلة
وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى
كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما
لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم
في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي
حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة

على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده
وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل
الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل
الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير وله ان القياس
ياباه على ما ذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها
اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير
الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان
باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد
وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما
نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد
صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه
وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث
صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به
كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الاخر معلق على باب
احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف
قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح
للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالاخر دافع به الماء عن ارضه
والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولاخر
عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل
الى جنبه مسناة ولاخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما
فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه
وغير ذلك وقوله ليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس
ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما

عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى
من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس
لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه
على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل
يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله
آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رحمه الله ان
حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رحمه الله مقدار بطن النهر
من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب

الذين هم اهل النهر

فصل في المياه واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع
شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم ثم اعلم ان المياه انواع
منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان
من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع
بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على
اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة
والفرات للناس فيها حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيى
واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون
النهر في ملك احد جاز لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره
وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في
ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي
وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث
اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام
الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشفة
خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز

اى الشرب بالاجماع لان ... بيعا للارض ومقصودا في بيعه

[illegible]

ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة
ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج
اليه لنفسه وظهره فلو منع منه افضى الى حرج عظيم وان
اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه
اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا
ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني
وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد
الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما
رويناه حتى سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم لو
يقطع به ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل
له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر
بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان لا يجد يقال لصاحب كان
النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه حتى ياخذ بنفسه بشرط ان
لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي رحمه الله وقيل ما قاله صحيح فيما
اذا احتفرها في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس
له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع
الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره
العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة
والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف المحرز في الاناء حيث يقاتله
بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة
وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه
ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان
ياتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي

باثر عمر رضي الله عنه ذكر

٢٠٩

[illegible]

كثيرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به لانه حقه فتجري فيه الاباحة كالماء المحرز في اناءه

فصل في كري الانهار

الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذهم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص

ومن ابى

ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد

210

صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه تركه على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند
الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر
له او انه قد كان له مجراة في هذا النهر ليسوقه الى ارضه ليسقيها يقضي له لاثباته بالحجة
ملكه له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او المسناة
في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظير في الشرب فاذا كان نهر بين قوم واختصموا
في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود هو الانتفاع ليسقيها
فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في البلد الواسع والصحيفة
على نحو واحد فان كان لاحدهم نخل لم يكن له ذلك لما فيه من
ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر النهر لم يكن لهم ذلك
حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق
لهم لانه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بها ينكبس به النهر من غير تراض
لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضا
اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر
بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه
فلا ضرر وفي معنى الضرر بالنهر ما ذكناه من كسر ضفته وبالماء ان تغير عن
سننه الذي كان يجري عليه والبالية والساقية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا
قنطرة لانه طريق خاص بين قوم فليس لاحد منهم ان يتخذ عليه شيئا يضر بحق
جاره من قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه ذلك او كان مقنطرا فاستوى
فاراد ان ينقضه ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه تصرف في
خالص ملكه وصعاودفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ ذلك الماء ويمنع من ان يوضع
فوق النهر لانه يكسر ضفة النهر وهو يزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت
القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يوخرها عن فم النهر فيجعلها في الوسط اذ ربما
يجتاز الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كوة او يرفعها

حيث

حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها
من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة
ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك
لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر
خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف
ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا من ابتداء فكان له
ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى
ارض اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد تستدل به على انه
حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه الى ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض
الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذا الارض الاولى تشف بعض الماء قبل ان يبلغ
الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى
ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى
من الشريكين في النهر الخاص فيه كوى بينهما ان يسد بعضها ويفتح
عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان
يقسم الشهر مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى قد مضت على ان يتراضيا الا ان
الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لو رثته بعده
لانه اعارة الشرب فان عاد له الشرب بالسرب باطلا والشرب كما تورث ويوصى
لانه سماع يعينه كخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بان لا حيث يجوز
العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا استقى من شربه
غيره واذا بطلت العقود الوصية بالباطل باطلا وكذا لا يصح مستاجرا في النكاح
حتى يجب مهر المثل ولا الخلع حتى يجب ما قبضت من الصداق لتفاحش
الجهالة ولا الصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا ملك بشيء من العقود ولا يباع
الشرب من صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حيوته وكيف يصنع الحاكم

الا صح ان يضم الى ارضه لا شرب لها فيبيعها باذن صاحبها نظرا الى قيمة الارض مع الشرب بدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اسرى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها فصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اى ملاءها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزل ارضا جاده من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

يسمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وعلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ماهيتها وهي التي من ماء العنب اذا جاد مسكرا او هذا عندنا وهو المجرد وعند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرنا وهذا اشتهر استعماله فيه وفي عينه دون غيره ولان خمرة الخمر قبيحة وفي غيرها خلفية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ذكر الشيء لا ينافي كون الاسم خاصا فانه فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لكل ظاهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثالث في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولاشتراط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو الموثر في الفساد ولابي حنيفة رحمه الله ان الغليان دلالة الشدة وكمالها بقذف الزبد وبكونه اذا به تتميز القوة المسكرة

الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد والكفارة المستحل وحرمة البيع وفسق بوحدة فحرمة الشرب مجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لانه يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه يجحد الكتاب فانه تعالى سماه رجسا والرجس هو المحرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد اشتهاء باللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا تتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يعدي اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل التعدية الاسم والتغليظ في الاحكام لا في الاسباب والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يستدعي العزة وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه قال لان الطباع لا تميل اليها ويضن بثمنها وسمي كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا المديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على حربي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والرابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب

لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه
الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا
يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد
فيها ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه
وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وسنذكره من بعد ان شاء الله هذا هو الكلام في الخمر واما العصير
اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة
ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك
حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف
وقال الاوزاعي رحمه الله انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه
مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه
الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو
السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن
عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن
علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم
ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة
مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه
سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب
فهو حرام اذا غلا واشتد ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى
من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها
ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية فلا يحد
الحد بشربها حتى يسكر ويحد بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في

رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها
ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت
دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها
على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين
وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب
على العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير
والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وان سكر
منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن
الرماك وعن محمد انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه
كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان
من الاشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول
ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد
بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه
ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك
مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي
ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وابو يوسف
رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا
وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال
وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام
فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى قال ولا باس بالخليطين
لما روي عن ابن زياد رحمه الله انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي

وفروع اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ذدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين

وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو الذي سمعه وما روى انه صلى الله

عليه نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على

حاله الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذا العسل والتين ونبيذ الحنطة

والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى

الكرمة والنخلة حصر الكتاب لان قليله لا يدعو الى الكثير كيف كان وهل

يحد بتحريمهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل

لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى الكثير كيف ما كان وهل يحد

المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا وهو

الاصح انه يحد فانه روى عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل

وهذا لان الفساق يجتمعون عليه وفي زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق

ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا استد فهو على هذا وقال ان المتخذ من

لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح

انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى

الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال

وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك و

الشافعي رحمهم الله حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي لهما اذا

قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه

كره ذلك وعنه انه توقف فيه ولهما قوله عليه السلام كل مسكر

خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما

اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما

قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى ان منها

فقليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خضب بالتحريم في غير الخمر اذ العطف

للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما الحرم القليل

منه لانه لرقته ولطافته يدعو الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه

لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت

لما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير انه هو المسكر حقيقة والذي يثبت

عليه الماء بعد ذهاب ثلثاه بالطبخ حتى يرقى يطبخ طبخه حكم المثلث

لان ثبت الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ

حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا بالمطافته او يذهب منهما فلا يكون

الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم عصر ثم كتفى باد في طبخ في

رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ

وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغيير فصار كما بعد العصير ولو جمع

بين الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر

او كان يكتفي فيه بادني طبخه فعصير العنب لا بد وان يذهب ثلثاه فيعتبر حال

العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو

طبخ نقيع التمر والزبيب ادني طبخه ثم انقع فيه تمرا وزبيبا ان كان ما

انقع شيئا سيرا لا تحذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان تحذ النبيذ

من مثله لا يحل كما اذا جئت المطبوخ قدح نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة

ولا جد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الجد في دربه ولو طبخ

الخمر او غيره بعد الاستداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت

فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت

لقوله عليه السلام في حديث طويل بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف

غير انه لا تحلوا شيئا ولا تحرموا ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما

اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء

عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب
الخمر فيه لخلاف العتيق وعند ابي يوسف رحمه الله يجفف في كل مرة وهي مسئلة
ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف رحمه الله يملأ ماء مرتين بعد اخراجه
حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته فاذا تخللت الخمر جلدت
سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي
رحمه الله تكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل منه ان كان التخليل بالقاء
شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء الشيء فيه فله في الخل الحاصل
قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ولنا ان التخليل
ينافيه ولما قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل تزول الوصف
المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتعدي
به والى صلاح مباح وكذا الصالح للصلاح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ
والى قتراب لانعدام الفساد فاسبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من
اجر اذ مال يصير حلالا في الثاني فيحتاب من ابتلي به واذا جاد الخمر خلا
يطهر ما يول زيها من الدن فاتما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر فيطهر
تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته
فيطهر وكذا اذا صبت منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا
ويكره شرب دردي الخمر والانتفاع به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم
حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقي خيلا ولا
ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب
وقيل لا يحمل اليها اما اذا اريقت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو
القى الدردي في الدن لم يسكر وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب جزاء من
الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان
ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يحل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي بعد حل ثلث الباقي
بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق وبالزبد طبخ الباقي
حتى يذهب سبعة دوارق وبقي الثلث فيحل لان الذي يذهب بزبدا هو العصير
او يجاوره واياما كان جعل كان العصير تسعة فكون ثلثها لله واصل آخر
ان العصير اذا اصيب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بما به ان كان الماء اسرع
ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء
حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب اولا هو الماء والباقي العصير فلا بد من رفعها
على العصير وان كان ذهابها على الجملة حتى يذهب ثلثاها وبقي ثلثه فيحل
لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا فالثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صبت
الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغا ثلثاه بيانه عشرة دوارق من
عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسعة لجاله لانه
ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والعلى يدفعه
ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فعلى
حتى ذهب عنه الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ
فذهب بعضه ثم اهريق بعضه ثم طبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل
فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما
بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما خرج بالقسمة فهو
حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب طل ثم اهريق ثلثة ارطال

يأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثه وثلث نصفه فيما بقي بعد المنصف وهو
فيكون عشرين لأنه لقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل
أن ينصف شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان يعرف
أن الجلان منه رطلان وتسعان وعلى هذا الخرج المسايل ولها طريق آخر وفيما
اكتفينا به كفاية وهداية الى تخرج غيرها من المسايل والله اعلم

كتاب الصيد

الاصطياد ينطلق على ما يصطاد والفعل المباح لغير المحرم في غير
الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم
صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه
اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وان اكل منه فلا تأكل فانما
امسك على نفسه وان شاركه كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك
ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب
وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف
فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في
الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والباز وسائر الجوارح
المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي
مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان يدرك ذكاته
قال لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب
في تأويل المكلبين المسلطين فتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من
حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد
ابو يوسف رحمه الله استثنى من ذلك الاسد والذئب لانهما لا يعلمان لغير هما
لعاديته والذئب لخساسته والحق بعضهم الجداة بهما والخنزير لنجاسته

مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لما تلونا
من النص بشرط التعليم ولحديث عدي ولان الارسال والزجر انما يصير
آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسك عليه قال وتعليم
الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم الباز اذا رجع وجب باجابة دعوته و
هو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن الباز لا يحتمل الضرب
وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعلم ترك ما هو المألوف عادة
والباز سبوح شموس متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه واما الكلب فهو
ألوف بعادة الانتهاب فكان آية تعليمه تركه لو فيه وهو الاكل والاستلاب
ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه
مزيد لاحتمال ولعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه
صار عادة له وهذا لان الثلث قام مقام التكرار للاختبار والابتلاء الا عذار
كما في حق الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع
امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدرنا بها
وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكره في الاصل لا يثبت التعليم حتى يغلب على
ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا
بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنس
هذه المسايل وعلى الرواية الاولى عند يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما
يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد
كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر بسكون الحاء وله انه آية تعليمه
عنده فكان هذا صيد جارحه معلمه بخلاف الكلام المسألة لان الاذن اعلام
ولا تحقق دون علم الغيب وذكر بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه
المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه
فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او الباز

آله والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل
منزلة الرمي وإرسال السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركها ناسيا حل
ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح
في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان
من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما
علمتم من الجوارح مكلبين اشارة الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في
تاويل يحمد على الجارح الكاسب لاهله ومحليه ولا ثناء في ذلك اخذا باليقين وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا
فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه الباز لم يؤكل والفرق ما
بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه وهو
حجة على مالك وعلى الشافعي رحمهما الله في قوله القديم في اباحته ما اكل الكلب
منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد
لانه علامة الجهل ولا ما يصيد بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات
كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها
لا يظهر الحرمة فيه لانعدام المحللية وما ليس بمحرز بان كان في الفضاء
بعد ثبوت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما
بقولهان ان الاكل ليس بدليل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة تنسى والان فيما احرزه
قد انعدم الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض اجتهاد مثله والمقصود قد
حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه
صيدا من وجه لعدم الاحراز فجرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء
لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم
وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لا يغير الحكم كتبدل الاجتهاد القاضي
قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لم يكن كل صيده

ولو
لانه ترك ما صاد به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب
الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا
غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح
له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها
تؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره ولذا
اذا وثب الكلب فاخذ منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك
الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان
يحرزه اما لانه لم يقبض فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه
بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب
جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله
ولم ياكل منه واخذ صاحبه ثم مر بذلك البضعة واكلها يؤكل
الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا
اكل مما اخذ منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول
لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان
نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد
ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على
الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على حاله قال
وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه فان ترك تذكيته
حتى مات لم يؤكل وكذا الباز اذا اسهم بانه قدر على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل اذا المقصود هو الاباحة ولم تثبت
قبل موته بطل حكم البدل وهذا اذا امكن من ذبحه اما اذا وقع
في بئر ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح
لم يؤكل ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

انه يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لا يقدر على الامساك بعد حصول فحصاد كما اذا رأى السهم الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا بالمذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس متفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والحماقة فيجعل الذبح فاذ بر الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت بين الذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا اشق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لانه ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقع شاة بعد ذبحه وقد مر قولها اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا الا بالذكوة الاختيارية ردا الى المتوحشة على ما ذكرنا انشاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رحمه الله ولذا المتوحشة والمتوحشة والمذبوحة بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفيفة او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رحمه الله اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رحمه الله اذا كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررنا ولو اجد بركه ولم يأخذه فان كان وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت عليه والتمكن من الذبح لم يوجد ولو اجد بركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة تقع موقعها للاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة وعند ابي يوسف رحمه الله

ذكوته الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه اخذ غير ما ارسال المختص بالمشاد ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسميه واحدة لان الثاني صير مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى فذبحهما بحزة واحدة يحل بتسمية واحدة ومن ارسل كلبا فاشتغل عنه حتى يتمكن من اخذ الصيد فقتله يؤكل لانه ترك ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا ينقطع الارسال وكذلك الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول ثم ثخن عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال لكنه ان لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للكمين لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا ثبت الاباحة بدونه وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لانه جراحة

باطنه فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينهض سببا
لخروج الدم ولا يحصل ذلك بالكيس ونحوه لتخنيق مال وان شاركه كلب غير
معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه بزيد به عمدا لم يؤكل لما روينا في
حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فغلب حرمة الجرمة قضا
واحتياطا ولو رده على الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره
اكله لوجود المشاركة في اصل الجرح وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده
المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس بفعل الكلب فلا تتحقق
المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود الجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني
على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد واخذه وقتله لا بأس
باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا
تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف اليه اخذا لى التبع بخلاف ما اذا كان زجره
عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره
مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه
وبالانزجار ظهور زيادة الطلب وجهه ان الفعل يرتفع بما هو فوقه او مثله
كما في شيخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي
فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به
الجرحة قال ولا تثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكوته كالمرتد والمجوسي
التسمية عامدا في هذا المنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر
فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الارسال لانه اذا كان دونه من حيث
انه بناء عليه فهو فوقه من حيث ان فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل
المسلم كلبه على صيد وسمى فاتركه فضربه ووقف لم ضربه وقتله اكل وكذا اذا
ارسل كلبين فوقف احدهما لم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح
لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقف

قال المص لان الارسال فيه ليس للاباحة اقول الاظهر ان يقال لان الرمي لان الفصل فصلم سعدي افندي

احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية
الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر الاباحة والجرحة حال
الارسال ولم يجرح فلا خلاف اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح
الكلب الاول **فصل في الرمي** ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه
او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل الصيد
اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه حس الخنزير مر ذلك
لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تسمية الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه توثر في
جلده ودفع حرمة اللحم حتى لا يؤكل لجملة ان الارسال فيه ليس للاباحة ووضح الظاهر
ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول ووقع الفعل صيدا او هو فعل مباح في نفسه
والاباحة التناول يرجع الى المحل فطبت بقدر ما تقبله لحما وجلدا وقد
اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا اصاد كانه رمى الى صيد واصاب غيره وقال
تبين انه جمل آدمي او حيوان اهلي كان لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد
والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو
رمى الى طاير فاصاب صيدا وقتل الطاير ولا يدري وحشي هو او غيره وحشي حل
الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري
ناد هو او لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جرادة
فاصاب صيدا يحل وروى عن ابي يوسف رحمه الله انه صيد واخرى عنه لا يحل
لانه لا ذكوة فيها ولو اصاب السمكة حيتان ميتة وقد ظنها آدميا فاذا هو صيد يحل لانه
لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا اخرج السهم
فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط التسمية عنده وجميع البدن
محل لهذا النوع من الذكوة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما بينا قال
واذا درك حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فان
تغيب عنه واذا وقع السهم بالصيد فيجا مل حتى غاب عنه ولم يزل طلبه حتى اصابه

ميتا أكل وان تعذر عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روى عن النبي عليه السلام انه

كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال

الموت بسبب آخر قايم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا

الا انا اسقطنا اعتباره فادام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد منه ولا ضرورة

فيما اذا تعذر عن طلبه امكان التحرز عن تواد يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة

على مالك رحمه الله في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت ليلة لا يحل ولو

وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم لكن الاحتراز عنه اعتبر حرجا

بخلاف دم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا

قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض

لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك

وكذا السقوط من على يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك

في الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء

لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه لا يمكن التحرز

عنه غالبا لان سبب الجرحة والحل اذا اجتمعوا وامكن التحرز عما هو سبب

الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه كما روى وجوده مجروحا

عدمه لان التكليف بحسب الوسع فيما لا يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او

آجرة ثم على الارض او ماء او هو على حجر فتردى من موضع الى موضع حتى تردى

الى الارض او ماء او وقع على رمح منصوبة او قصبة قائمة او على حرف آجرة

او احتمال الرجل هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن التحرز عنه اذا وقع على الارض

كاد كوناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فانشقت

عليها الان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق

بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم وحمل مطلق المروي في الاصل

على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة البرخسي على ما اذا اصابه جل الصخرة فا

بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه سوى الاجرة الا ما يصيبه من الارض

لو وقع عليها ودك عفو وهذا اصح وان الطير ما يليها فان كانت الجراحة لم تنغمس

في الماء اكل وان انغمست لم يؤكل اذا وقع في الماء وان وما اصاب المعراض

بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه

فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح لينتفي معنى الذكوة على ما قدمنا وان لم يؤكل

ما اصابه البندقة فمات علم انه بثقل ويكسر ولا جرح فصار كالمعراض اذا لم

تخرق وكذلك اذا رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه

جدة لاحتمال انه قتله بثقله واذا كان الحجر خفيفا وبه جدة يحل لتعين الموت بالجرح

وان كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه جدة فانه يحل لانه يقتله

بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يضع بضعا لا يحل لانه قتله ثقلا وكذا ان

كان رماه بها فبان رأسه او قطع اوداجه لان الجرح تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع

بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود

حتى قتله لا يحل لانه لم يقتله بثقله الا اذا كان له حد فحينئذ

لا باس به لانه لمعنى السيف والرمح والاصل في هذه المسايل ان الموت اذا كان

مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان

حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا واذا

رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده وجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او

بمقبض السيف لا يحل لانه قتله ثقلا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه

ومات بالجرح ان كان الجرح مميتا يحل لانه تعاقب وان لم يكن مميتا فكذلك عند بعض المتاخرين

سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ

الدم وعند بعضهم لشرط الارماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج

فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الارماء وان كانت صغيرة

لا بد من الارماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم فانه لا يحل ووجه القولين

دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه
جل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا ابان من صيدا فقطع
عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يوكل العضو وقال الشافعي رحمه الله
لا كل ان مات الصيد منه لانه مبان من حي لان الاضطرار يحل المبان والمبان منه
كالاذا ابين البراين بالذكوة الاختيار بخلاف ما اذا لم تمت لانه ما ابين بالذكوة
ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى
الحي حقيقة وحكما والعضو المبان لهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة
لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة
ولهذا اعتبر الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة لهذه الصفة يحرم
قوله ابين بالذكوة فلا حال وقوعه لم يقع ذكوة لبقاء الروح في الباقي وعند
زواله لا تظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تتعداه لزوالها بالانفصال
فصار هذا الجرح هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان
من الحي صورة لا حكما يحل وذكر ان بقي في المبان منه حياة تقدر ما يكون في
المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من
الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فيجرح عليه السائد فنقول اذا قطع
يدا او رجلا او فخذا او ثلثة مما يلي القوائم او اقل من نصف البراين يحرم المبان
ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قطعه بنصفين او قطعه
اثلاثا او الاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان
والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا
الجرح والحديث ان تناول السمك وما ابين منه ميتة لان بينته حلال
الحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج
ويكره هذا الصنيع لانه بلغه النخاع وان ضربه من قبل القفاء ان مات قبل
قطع الاوداج لا يحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا

فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل
اكله لانه بمنزله سائر اجزائه وان كان لا يتوهم ان بقي متعلقا بحاله
حل ايضا لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يوكل صيد المجوسي
والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبائح ولا
بأس بمناخة في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة
اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه
ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو
الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ ولان الثخنة فرماه الثاني
فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس من اهل الذكوة
على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى
يحل منه الصيد لانه حينئذ يكون الحي مضافا الى الرمي الثاني اما
اذا كان الاول بحال لا يسلم منه بأن لم يبق فيه من الحياة الا قدر ما بقي
في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا تضاف الى الرمي الثاني
لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش الصيد
الا انه بقي فيه من الحياة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او نحوه
وعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من التعذيب
لا عبرة به عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر
عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول
بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل والثاني ضامن لقيمته للاول
عندما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه
بالرمي المثخن وهو منقوض بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف
قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول
بحال يحتمل ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون

القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة
فلا يضمنه كملكا اذا قتل عبدا مرهونا وان علم ان الموت حصل بالجراحتين
او لا يدري فالزيادات تضمن للثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن
نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لجميع اما الاول فلانه جرح
حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان
الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك غيره فيضمن
نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كان يضمنه والثانية ضمنها
مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان الرمية الاولى صادفت محل الحل بذكوة
الاصطياد لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه
ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان
رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاصابة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره
كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانه لا يحل لان الثاني
مجرم كذا هنا قال ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا يوكل
لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص باكل اللحم قال قايلهم صيد الملوك
ارانب وثعالب فاذا ركبت فصيدي الابطال وان صيد سبد الانتفاع
بجلده او شعره او ريشه او لانتفاع شربه وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا
بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان
ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وقد
انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة
في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض
قالوا الركن الايجاب لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة وقد

يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا

الاحتباس الحكمي بان يصير محبوسا بماله كذا ذكره الكرخي عن السلف رحمهم الله ولنا ان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور الاستيفاء بالماليه اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان تفريغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة والحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين هذين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان موجبها الاصلي

فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا يصح الكفالة بها ولئن كان لا تجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا يبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة وله حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونا اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها فلا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم واذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض الاستيفاء ولا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم

المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولاً وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء في باب السلم بالإجماع وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز لإطلاق الأمر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن لأنه لا قدرة له على الإحضار وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لأنه صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل إلا أن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه وكذا لا إحضار الرهن لاستيفاء كل دين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن في ما [illegible] وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أودعني فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا وكذا إذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو لما قلنا ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لأنه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن

المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة قال وإذا كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من بيعه حتى يقضيه الدين لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه ولو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه فلا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لأنه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس إلا أن يأذن له المالك لأن له حق الحبس دون الانتفاع وليس له أن يبيع إلا بتسليط من الراهن وليس له أن يؤاجر ويعير لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فإن فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وبزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه أن يكون الولد في عياله أيضا وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار كالوديعة ~~وإن حفظه بغير من في عياله أيضا وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار~~ كالوديعة وإن حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية

الا ضايع كان دهنا ما فيه لانه لا يلبس كذا كذا علاة فكان من باب الحفظ وكذا
الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن
ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلب بها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين
لان العلاة جرت بين الشجعان بتقلب السيفين في الحرب ولم تجر بتقلب الثلاثة
فان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل
بذلك فهو حافظ فلا يضمن واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن
وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان كل ما يحتاج
اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان الرهن فضل او لم
يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته
عليه لما انه مونة ملكه كالوديعة وكذلك النفقة في مأكله ومشربه
واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق
واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرد الى يد المرتهن او لرد جزء
منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حقه والحفظ
واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه
وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله ان كبر آلة الماشي على الراهن
لانه لمنفعة لانه يسعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على
المرتهن فانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له لبرده فكان
من مونة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت
قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة على انه
امانة في يده والرد ليس عادة اليه ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع
فيه فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها
تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب

الجنس حق الجنس والكل ثابت له فاما الجعل انما يلزم لاجل الضمان فيتقدر
بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والقذاة
من الحنايه تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من
مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل
الرهن والباقي لان وجوبه لا لبناء في ملكه لخلاف الاستحقاق وما اداه
احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما نفوذ احدهما مما يجب
على الآخر بامر القاضي يرجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي
عامة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان
بامر القاضي وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع في الوجهين وهي رواية المجرد عنه

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان
احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا يثبت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور
فيما تناوله العقد وهو المشاع وعند المساع يقبل ما هو الحكم عنده
وهو تعيينه للبيع والثاني لان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا
مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي
ذكرنا وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا باستحقاق الحبس ولو جوزناه
والمساع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك نصفا
ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وهاله يحتمل خلاف الهبة حيث يجوز
فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما تقسم اقاما
حكم الهبة الملك والمساع يقبله وهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا
لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولان يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه
الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما لحكم الملك ويوما لحكم الرهن فيصير
كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في بدايته اجمل

قال المص لان الشجر اسم للنابت
اقول يعني اسم للنابت المخالط
للارض اذ المشاجرة هي المخالطة
سعد الدين

وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان البقاء اسهل من الابتداء وجه الاول
ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية
في باب النكاح بخلاف الهبة لان المانع ثم حكمها وهو الملك والحاجة الى القبض
في الابتداء لنفي الغرامة على ما مر ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء
ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن
قال ولا يجوز رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض
ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة
فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او
النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا
كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي
حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون
استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء
اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن
النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل
في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان
بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف
المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما
وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في
الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الدار والارض والقرية لما ذكرنا ولو
رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضها ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن
عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن حصل كانه ما ورد الا
على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه
في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى

يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا
اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار
او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما
في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى
ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخل حتى
قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع
والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض
مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء
الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع
لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه
يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها
وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل
الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان
متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه ولو كان هالكا تجب قيمته فكان
رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك
جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان
المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح
مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة ولهذا يصح الكفالة بما ذاب
له على فلان ولا يصح الرهن به فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك
امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان
يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك
بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه
مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض

انزل منزله شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين وهذا العقد كما يصح
مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو اراد تهنه الوصي من نفسه
او من هو في عياله من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل بالبيع
والواحد لا تولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة
فلا تعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده
التاجر الذي لا دين عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ما اذا كان الكبير قد اذن لابنه
وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من
هو لا يرى انه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لانه حكمي واحدا واذا استدان
الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة
جائزة للحاجة والرهن يقع ابقاء للحق صحوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن
او رهن لان الاولى له النجارة تثميرا لمال اليتيم فلا بد بدا من الارتهان
والرهن لانه ايفاء واستيفاء واداء رهن الاب متاع الصغير فاحدك
الرهن وجاز الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه
اذ تصرف الاب ينزله تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو
كان الاب رهن لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه
لحاجته الى احياء ملكه فاسبه سبب الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان فكه
لان الاب بصير قاضيا دينه بماله فلا ان يرجع عليه ولو رهنه بدين
على نفسه وبدين على الصغير جاز استعماله على اقل الدينين حاجة
ضمن الاب حصته من ذلك للولد لانه قضى دينه من ماله بهذا المقدار
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن
الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره
الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك
من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره

لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمراد بدين على
الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في
هذا الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعار لحاجة نفسه ضمنه
للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو عجبه
الوصي بعد ما رهنه واستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن
لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال
في حاجة نفسه فيقضي بالدين ان كان قد حل فان كان قيمته مثل الدين اداه
الى المرتهن ولا يرجع على الصبي لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على
اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين اداى قدر القيمة
الى المرتهن واداى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير
ولو كانت قيمته اكثر من الدين اداى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم
وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه بدل من المرتهن بفوت حقه المحترم
فيكون رهنا عنده الى ان يحل الاجل وكان الجواب على التفصيل الذي
فصلنا ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه
لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس
بتعد وكذا الاخذ لانه لا ولاية له على مال اليتيم ولهذا قال في كتاب
الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا
تتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن
ياخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد
بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل
الدين اخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال
ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء
منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا

في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما
يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير
وان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي
الله عنه معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين
بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة
وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا
فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى
الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه
يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل
مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء
بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه
لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه
فيتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء
لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا رحمه الله فيها مع ابي حنيفة رحمه الله وفي
هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة
لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد
من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه
الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير
قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه

من ضرر

من ضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف
جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد
رحمه الله ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة
الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة
الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه
قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة
ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان
التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل
من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه
ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد رحمه الله
لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه
الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رحمه الله
يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة
فان كان باعتبار الوزن يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا
لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع
امانة وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة
اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون
مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل
زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة
في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت
لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد
رحمه الله نوع طول يعرف في موضع من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها
قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا

والقياس لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع على أن يعطيه
كفيلا معينا جاز في المجلس فقيل وجه القياس انه صفقة في صفقة
وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما و
مثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة و
الرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في
المجلس والرهن معينا اعتبر ناقصه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا
لم يكن الرهن والكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا سقط
معنى الكفالة والرهن لجهالة فبقي الاعتياد لعينه مفسدا ولو كان غائبا
فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه للجهالة
وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه
كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزم بلزومه ونحن نقول الرهن عقد
تبرع حتى كان للراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع
بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب
فيه وما رضي به فيتخير بفواته الا ان يرفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود
او يدفع قيمة الرهن هنا لان بدل الاستيفاء يقيم على المعنى وهو القيمة
قال ومن اشترى شيئا بدراهم فقال البائع امسك هذا الثوب حتى
اعطيك الثمن والثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى
وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بضده لكن الكفالة وقال رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن
ابي يوسف رحمه الله لان قوله امسك لحتمل الرهن ولحتمل الايداع والثاني اقلهما
فيقتضي ثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه برهنك او بما لك لانه لما قابله بالدين
تعين جهة الرهن فلما لم تمت الى الاعطاء علم ان مراده الرهن والله اعلم

فصل

ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له

بيّنته انه رهنه كلّ العبد ولا وجه الى القضاء بكلّ واحد بالكلّ
العبد الواحد يستحيل ان يكون كلّه رهنا لهذا وكلّه رهنا لذلك في حالة
واحدة ولا الى القضاء بكلّه لواحد بعينه لعدم الاولويّة ولا الى القضاء
بكلّ واحد منهما بالنصف لانه يؤدّي الى الشيوع وتعذّر العمل بهما
وتعيين التهائر ولا يمكن انه يكون رهنا لهما كاتّهما ادّعياه معًا او
جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان
لانا نقول هذا عمل على خلاف اقتضته الحجّة لان كلّا منهما اثبت
بيّنته حقّا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء
بيت حبس يكون وسيلة الى شطر هم في الاستيفاء وليس هذا عملا على
وفق حجّته وما ذكرناه وان كان قياسًا لكن محمد رحمه الله اخذ به لقوّته
واذا وقع باجلا فلو هلك هلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو ماتت
الراهن والعبد في ايديهما فاقام كلّ واحد منهما البيّنة على ما وصفنا كان
في يد كلّ واحد منهما نصفه رهنا بيعه بحقّه استحسانا وهو قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله ان القياس
ان الحبس للاستيفاء حكم اصلي بعقد الرهن ويكون القضاء بانّه قضاء بعقد
الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد
لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع
يضرّه وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشياع لا يضرّه وصار
كما اذا ادّعى رجلان نكاح امرئة او اختين النكاح على رجل واقاموا
البيّنة تهاتروا في حالة الحيوة وتقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه
يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن يوضع على يدي العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر

قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل على عند
الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ
اذ العين امانة في يده وفي حق المالية يد المرتهن فنزل منزلة الشخصين
تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك عند الاستحقاق لانه
ما بقي عنده في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن
ان ياخذه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن
به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان
المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل
الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع
المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع ضامن
بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمه الرهن يعد ما دفع الى احدهما
وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة دهنا
في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن تتقاصان على الزائد
منه ويجعلان هذا رهنا عنده او عند غيره وان تعدّد اجتماعهما ترفع
احدهما الى القاضي ليفعل ذلك ولو فعلا ذلك ثم قضى الراهن الدين
وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول
المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل
والمبدل في ملك واحد وان كان ضمينا بالدفع الى المرتهن والراهن ياخذ
القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده ياخذه اذا ادّى الدين
فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال
واذا وكّل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول
الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن
فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في
ضمن عقد

الرهن صار وصيًا من أوصافه وحقًا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة
فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطاله حقه وصار
كالوكيل المحصور بطلت الدعوى ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع
بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله
فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا يعزل لانه لم يوكله وانما
وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو
بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما سبعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات
المرتهن والوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما وكل واحد منهما
فبقي بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه
ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا
برأي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة
لازمة فيملك الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار دراهم والمال اعيانا ملك وصي
المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا فلما التوكيل حق لازم لكن
عليه والارث يجري فيما هو كالخلف المضارب لانها حق المضارب وليس للمرتهن
ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه
الا برضا المرتهن لان الرهن حق حالته من الراهن فلا يتمكن الراهن على
تسليمه ما لم يقض فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان
يبيعه والراهن غايب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين ولزومه وكذلك
الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة
للوجه الثاني ان فيه ابطال الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل ببيع
بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن
التوكيل مشروطا في عقد الرهن فانما شرط بعده قيل لا يجبر احتياطا

اعتماد للوجه الاول وقيل الخبر يدعوها الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف
رحمه ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير
وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه
فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان
مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون فكذلك
اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية
وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن
وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول الحاوي دفعا فان
باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمانه العدل
كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي
اعطاه ليس له ان يضمن غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق
اما ان يكون هالكا او قايما ففي الوجه الاول ان المستحق بالخيار ان شاء ضمن
الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان ضمن العدل لانه منعه في حقه بالبيع
والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن البايع نفذ البيع ايضا لانه ملكه
باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل والعدل الحاوي ان شاء
رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من
دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه
ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له واما اذا ادى الى
على حسبان انه ملك الراهن واذا تبين انه ملكه لم يكن له ان يضمنه فله ان يرجع
به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء ويرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه
الثاني وهو ان يكون قايما في يد المشتري فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن

وحد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق
به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب التسليم واما اذا له يسلم
لانه الحبيس ولم يسلم ثم العدل للخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه
هو الذي ادخله في الضمان فصح عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض
المرتهن لان المقبوض سلم وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد
بطل الثمن وقد قبضه لنا فجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه و
انتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان
المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل
للراهن واما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض وفي الضمان على الموكل ولو كان
التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من الغرامة
يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق
المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع
الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته غرامة لا يرجع به على المقتضى لحلاف
الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه
قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد قول من لم يجوز
هذا الوكيل على البيع قال وان مات العدل المرهون في يده المرتهن ثم
استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن
لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن
فقد مات الرهن لانه ملكه باداء الضمان وصح الايفاء وان ضمن المرتهن
يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهته
والمغرور يرجع على الغار كما
الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل
لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك المضمون
ثبت للمرتهن قرار الضمان فلبس لانه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن

باب التصرف في الرهن وما
الجناية عليه وجنايته على غيره

واذا باع الراهن الرهن بغير
اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الفسخ به وهو المرتهن فيتوقف على
اجازته وان كان الراهن تصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على
اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز
لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوط وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا
لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من
اهله في المحل فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح
لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كما لو عبد المديون اذا
سلم برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط
راسا فكذا هذا واذا فك الحجر المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن
الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك وصار كما لو
له ان يجيزه وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت
له اما ثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا سطل بالعقد بقي العقد في
موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا لعجز على شرف
الهلاك وان شاء رفع الامر الى القاضي والقاضي لا ينفسخ لقوات القدرة على
التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا باع العبد المشتري
قبل القبض فانه تخير المشتري لما ذكرنا كذا هنا ولو باعه الراهن من رجل

ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته
لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع
الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره واجاز
المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من
البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فايدته به
اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة
بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته منه
اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق ولو اعتق الراهن
عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ اذا كان المعتق
معسرا لان فيه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان
موسرا حيث ينفذ في بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين
وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا
يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه
بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او اعتق
الآبق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض
الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول
ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان
ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق
الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم
واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية
عند ابي حنيفة رضي الله عنه واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله
ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين
لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فايدة فيه وان كان الدين

مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب
الضمان متحقق وفي التضمين فايدة فاذا حل الاجل اقتضاه بحقه اذا كان
من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين
الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق
يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه
وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل يسعى في مقدار الدين
ثم يرجع بما يسعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه
بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه
يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله و
ههنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة
رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار
وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من
حقيقته الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة
اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشترى قبل القبض اذا اعتقه المشتري
حيث لا يسعى للبائع الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان
حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من
عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن يثبت حقه
ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يتمكن من الاسترداد فلو اوجبنا السعاية
فيهما لسوينا بين الحقين وذكر الحبس ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك
عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله وهو يعتبر
باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام
ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره
الراهن صح تدبيره بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع

٢٣٤

فلا يكون مبطلا لحق المرتهن

اي الشافعي

على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه
يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صح خرجت من الرهن
لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منها فان كان الراهن موسرا ضمن
قيمتها على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى
المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق
حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس
الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا
يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اداياه من مال المولى والمعتق
يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى
المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف
ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه
بالسعاية ام لم يقض لم يسع له الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما
اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذلك
لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن
في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه
فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في
استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت
قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط
من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة سماوية و
المعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق
مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل
غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان
بدل العين فاخذ حكمه فاذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها

اي متحدات في الجنس والجودة والرداءة

بدل

فصل

بدل حقه لانه جنس حقه ثم اذا كانت فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد
فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد
كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين
خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم
القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي في
بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه
او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد
الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن
ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى
انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من ساير
الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم
الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن
مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه
عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما
اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده
رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع
والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن فلا يعود
الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن
اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم
الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار
المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل لارتفاع
يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية
بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن

هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل

اي حكم الصور الثلاث مع تلك الاحكام
هلك قبل ان ياخذ في العمل او بعد الفراغ
او في حالة العمل

للمرتهن لاستعمال لا بتناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به
من قليل او كثير فهو هالك لانه متبرع بامساك ملك اليد فيعتبر بالمتبرع بانيا
ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين
ثبوتا للمرتهن كما ينفصل ذلك في حق البايع والاطلاق واجب لا احتياجا خصوصا
في الاعارة لان الحاجة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز
ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التعيين مفيد وهو ينفي الزيادة لان
غرضه الاحتباس لما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان
يكون مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذا التعيين
بالجنس والمرتهن والبلد لان كل ذلك مفيد ليتيسر البعض المضاف الى
البعض وتتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم
ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه
ملكه باداء الضمان فصار كانه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن
ويرجع المرتهن بما ضمن به بالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان
وافق بان رهنه بخلاف ما عينه ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر وهلك عند المرتهن
بطل المال عن الراهن بتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله للمعير على
الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا المقدار وهو الموجب للرجوع
دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين
بحسابه ووجب مثله للمعير على الراهن بقيته دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء
بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو
كانت قيمته مثل الدين او اداد المعير ان يفتكه جبرا على الراهن لم يكن للمرتهن
اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يتخلص بذلك وبهذا يرجح على
الراهن اذا ادى واخر المرتهن على الرفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه

متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله
ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا
ضمان عليه لانه لا تقصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا
في ذلك فالقول قول الراهن لانه منكر لما يدعوه الهلاك في هاتين الحالتين
ولو كانوا حلفا على مقدار ما ضمنه به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار
اصله وكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير برضا صاحبه وهو ان رهنه
ليقوضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء فلا ضمان
الموجود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان
سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامة عينه بابراء ذمته عنه ولو
كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار
ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته
لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق وتكون رهنا عنده
الى ان يقبض دينه فيرده الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين
ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل
ان يرهنها لم يرهنها عال مثل قيمتها ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا
عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فانه
كان امينا خالفا ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا فتك الرهن ثم ركب الدابة
او استخدم العبد فلم يعطبا عطب بعد ذلك من غير صنعه لانه يقضى
انه بعد الفكاك لصيرورته المودع لا لصيرورته المستعير لانتهاء حكم الاستعارة
وقد عاد الى الوفاق فبرئ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير ان رد على نفسه
فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير فيحصل مقصود
الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء والجناية
الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم مجتزم وتعلق مثله بالمال

يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان لتعلق حق الورثة بماله المريض مرض
الموت لمنع نفاذ تصرفه فيما وراء الثلث والعبد الموصى لخدمته اذا
اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه قال وجناية
المرتهن على الرهن تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على
صفة الدين وهو ان العين هلك بالهلاك المالك وقد بعدي عليه المرتهن فيضمنه
لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى الماهر درهم
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية
على النفس ما توجب المال الا الموفقية فلانها جناية المملوك على المالك لانه
ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب منه لان الملك
عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت
جنايته على غير المالك فاعتبرت وله في الخلافيه ان الجنايه حصلت
على غير ماكله وفي الاعتياد فايدة وهو دفع العبد اليه بالجنايه فيعتبر
لكم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجنايه الى المرتهن
فان قال المرتهن لا اطلب الجنايه فهو رهن على حاله وله ان هذه الجنايه
لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجنايه لانها جعلت في ضمانه
فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على
قال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فايدة
في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفايدة وان كانت القيمة اكثر من الدين
فعند ابي حنيفة رحمه الله انه تعتبر بقدر الا مانه لان الفضل ليس في ضمانه
فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنده انه لا تعتبر لان حكم
الرهن هو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن
على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية
على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص

الرهن فرجعت قيمته الى مايه ثم قتله رجل وغرم قيمته مايه ثم حل الاجل فان
المرتهن يقبض المايه قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان
من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان
الهالكه قد اشقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن
فتور رغبات الناس وذلك لا تعتبر في البيع حتى لا تثبت الخيار ولا في الغصب
حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفواته الجزء منه تتقرر الاستيفاء
فيه اذ البدل الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي
مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مايه لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف
لان الجاني يتقدر الفايت واخذ المرتهن رهنه بدل الهالكه وحق المستحق وان
كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزداد على دية الحر ان المولى استحقه بسبب
الهالكه وحق المرتهن متعلق بالهالكه وكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على
الراهن بشيء لان الرهن لا استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر قيمته
كانت في الابتداء الفا فصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان
نجعل مستوفيا الالف مايه لانه تودي الى الربوا فيصير مستوفيا المايه وبقي
تسعمايه في العين فاذا هلك يصير مستوفيا الكل بسعمايه بالهلاك بخلاف ما اذا مات
من غير فعل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال
وان كان امر الراهن ليسعه فباعه بمايه وقبض المايه قضاء من حقه فيرجع
بتسعمايه لانه لما باعه مأذونا الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه و
لو كان كذلك يبطل الرهن ويسقط الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا قال فان
قتله عبد قيمته مايه فدفع بكانه اقتله بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء اقتله بجميع الدين وان شاء سلم العبد
المدفوع الى المرتهن بالجناية وقال زفر رحمه الله يصير هذا مايه له ان بدل المرتهن
يكن استيفاء وقد تقرر بالهلاك لانه اخلف برطا تقرر العشر ويبقى الدين بقدره

في السعر

ولاصحابنا على نحو ان العبد الثاني قايم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قايما
وانتقص السعر لا يسقط شي من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع
مكانه ولمحمد رحمه الله في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن
كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير
المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس
العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن
امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين
حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع
وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع
سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على
هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن
وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين
على حاله ولا يرجع على الراهن بشي من الفداء لان الجناية حصلت
في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع
العبد او افده بالديه لان الملك في الرقبه له قايم وانما الى المرتهن
الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجنايه
ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين
لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان
العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن
اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء
في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط
شي من الدين كما لو هلك وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك
العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد

فدينه

فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار
ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد
وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على
دين المرتهن وحق ولي الجنايه لتقدمها على حق المولى فان فضل شي ودين
غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن
لان الرقبه استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان
العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من ثمن
العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس
حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ
الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في الدين المستهلك
يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعد العتق
لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن
بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف
امانه والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانه على الراهن فان اجمعا
على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقه من المرتهن لما
بينا وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا
اما المرتهن فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن
ابطال حق المرتهن وكذا في جنايه ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك
وان كان المالك يختار الدفع لانه وان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في
الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه
ليس للمرتهن ولايه الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا
في حصه الامانه حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان يختاره فيخاطب الراهن

فقال التزمه والحال هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا
يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو اوفى المرتهن الراهن
وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط
الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا حتى
ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط
من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف
كان على سبيل المكافأة فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فصار
قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن
غائبا والراهن حاضر وهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع
لانه فدى ملك غيره بغير امره واسبه الا حنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا
امكنه محاطبته فاداؤه المرتهن وقد تبرع كالاجنبي واما اذا كان الراهن
غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون له فلا يمكنه ذلك الا بالاداء
الى امانه فلا يكون متبرعا فان واذا مات الراهن ولا وصية الرهن وقضي
الدين من الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصى حيا نفسه كان له ولاية البيع
ما دام المرتهن كذا الوصي وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره
بيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم
والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره ولان
كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمايه لم يجز وللآخرين
ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايفاء الحقيقي
فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم
يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع

فصل

وان رهن عصيرا بعشرة فيمته عشرة
فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لانه ما كان محلا للبيع محل
للرهن اذ الحكمية ما لم تبطل فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له
بقاء حتى لو اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض بقي العقد لانه يتخير في البيع
لتغير وصف المبيع كما لو اذا انقلبت ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة
فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن تقرر
بالهلاك فاذا جني بعض الجلد عاد حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة
قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل
القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن
مسائلنا من لم يمنع مسئلة البيع وقول يعود البيع فاما الرهن
فالراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه متولد من ملكه ويكون
رهنا معه لان الولد لانه تبع له والرهن حق لازم فيبشر الى ان هلك بغير
شيء لان الاتباع لا يقبض لها قصدا بقابلها حصة لانها لم يدخل تحت العقد
مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء انفكاك الراهن
حصته لقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء انفكاك الذي
الرهن تصير مضمونا بالقبض والزيادة غير مقصودة بالانفكاك اذا بقي
الى وقته والبيع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فاما حصة الاصل
يسقط من الدين لانه يقابله اصل مقصود واما حصة النماء انفكاك الراهن
لما ذكرنا وصورة المسائل تخرج على هذا الاصل وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى
وتمامه الجامع الصغير والزيادات ولو رهن شاة بعشرة قيمتها عشرة وقال
الراهن للمرتهن احلب الشاة فحلبت فهو كما لو حلبها المرتهن وشربه فلا ضمان عليه

شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق تمليك
فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين هلك انه اتلفه باذن المالك وان لم يعلم بفعل الشاة
حتى هلك في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب
الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن ملك على
ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن
اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته
ولبا الشاة اذا اذن له الراهن في الاكل وكذلك جميع النماء الذي يحدث على
هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الزيادة
في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز فيهما والخلاف معهما
في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع
وابو يوسف في الخلافيات اخرى ان الدين كالثمن في البيع والرهن
كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما ان الحاق باصل العقد
للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في
الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين
وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين
جاز وهذا اسبوع في الدين والحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين
لانه غير معقود عليه ولا معقود به لوجوبه سابقا على الرهن وكذا بقي
بعد انفساخه والحاق باصل العقد بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن
بدل بحت بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وسمى من الزيادة قصدية
يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت
حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض
الفا والدين الف يقسم الدين ايلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا
الدين

الدين اعتبارا لقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما
ثبت بالقبض فاعتبر قيمة كل منهما وقت القبض فاذا ولدت المرهونة ولدا
ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع
الولد بخاصته يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع
الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم
العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى
ولدها لان الزيادة دخلت على الام فان عبدا يساوي الفا فالف
ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف فكان الاول والولد رهنا حتى يرده الى الراهن
والمرتهن في الآخرين حتى يجعله مكان الاول لان الاول الحادث في ضمان
القبض والدين وهما باقيان ولا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض بادائه
الدين او ابرائه او اذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا
بدخول احدهما فيه لا بد خولهما فاذا دخل الاول دخل الثاني في ضمانه ثم
فعل استوطن لحديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن
بد استيفاء وضمان فلا يثبت عنه كمن له على آخر الف جياد فاستوفى زيوفا
طنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في
يده فلم يرد الزيوف ولم يجدد القبض وفعل لا يشترط لان الرهن يترتب
كالهبة على ما بيناه وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه
امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ
المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك
بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند
تعذر الوجود كالدين الموجود ولم يسقط الدين بالابراء والهبة ولا جهته
لسقوطه لا اذا احدث منعا لان به يصير غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع
وكذلك اذا ابرأته المرأة رهنا بالصداق في براءة او وهبته او ابرأت

والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها هلك بغير شيء من هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن او بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رده فيما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق لزفر بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه تعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه تعقب مطالبة فاما هو بنفسه قائم فاذا هلك تقرر الاستيفاء الاول وانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة طريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين لم يهلك الرهن بهلاك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون لجهة وفاء بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد ببيان كل قتل يتعلق به الاحكام فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما جرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب كالليطة والمروة الحديدة والنار لان العمد هو القصد ولا توقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك الاثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية وقد تعلق به غير واحد من السنة وعليه انعقد الاجماع قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الآية الا انه يتقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا تشرع لها دون ذلك

ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا ان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو احد قولي الشافعي الا انه حق العدول الى المال من غير رضاء القاتل لانه تعين مرفقا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الحياة زجرا وجبرا متيقنين في الخطأ وشبه العمد المال ضرورة صون الدم عن الهدر ولا تيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا تتعين مرفقا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب لان الجناية الى التكفير في العمد اسبق منها الى الخطأ فكان ادعى الى الكفارة ولنا انها كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الاذى لا يعتنى بالدفع الا على من حكمة جران المباشرة لقوله عليه السلام لا جبار للقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمهم الله اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة هو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه تقاصر عن العمد لاستعمال آلة صغيرة لا تقتل غالبا لانه قصد به غير ما يقتل كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد لانقاصر باستعمال آلة لا تثلث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف وكان عمدا موجبا للقود ولهما قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة وكان سبب العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغير قال ويجب

دال على القولين للاثم لانه قتل وهو قاصد الضرب والكفارة لشبهة الخطاء
والدية معلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا معنى
يجب من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وكل دية ثلث سنين لقضية
عمر رضي الله عنه ولحدث غلظه وسنبين صفة التغليظ ان شاء الله تعالى
ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص
دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان انكر هذه شبه العمد فالحجة عليه
ما سلفنا قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا
يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل
وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على عاقلة
في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا والمراد اثم
القتل فاما في نفسه فلا يخلو عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة
في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة بدون باعث هذا وتجرم عن الميراث
لان فيه اثما بصنع تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده
فاخطأ واصاب موضعا آخر مما حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد
بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري
مجرى الخطاء مثل النائم تقلب على رجل فقتله محكم حكم الخطاء في الشرع واما
القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا اتلف
فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل منزلة
دافعها فوجبت الدية والكفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث قال الشافعي
رحمه الله يلحق بالخطاء احكامه لان الشرع انزله قاتلا والا لان القتل
معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل
هو ان كان يأثم بالجفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة

دون القتل وكذا الجرحان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما
سواها لان اتلاف النفس يحلف باحلاف آلاته وما دونها لا يختص اتلافه
بآله دون آلة بـاب

ما يوجب القصاص وما لا يوجب والقصاص واجب

بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما
حق الدم على التابيد لتنتفي شبهة الاباحة ويتحقق المساواة قال
والجزء ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد لعموم الآيات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد
لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ولنا ان هذه المقابلة لان لا يقتل
حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك
ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما متساويان
وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد
المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار وستويان فيهما وجريان
القصاص بين العبدين يوذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص
بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له
قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية
وكذا الكفر مبيح فبورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او
الدار والمبيح هو المحارب دون المسالم والقتل حتما يوذن بانتفاء
الشبهة والمراد ما روي الحربي لسياقه وله ذو عهد في عهده والعطف
للمغاير قال ولا يقتل المستأمن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذا
كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي المستأمن
لما بيناه ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا
لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن

وبناقصاله ظراف في المجنون للعمومات ولان في اعتباد التفاوت فيما
العصمه امتناع القصاص في طاهر القاتل والتفاني قال ولا يقتل الوالد
بابنه لقوله عليه السلام لا تقاد الوالد بولده وهو ما طلاقه حجه على مالك
رحمه الله في قوله اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان
يستحق له افناؤه وبهذا لا يخرج قتله وان وجد في جزء من اجزاء
مقاتلا اوزانيا وهو محصن والقصاص يستحق المقتول ثم يخلفه وارثه
والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزله الاب في كذلك الوالده
والجده من قبل الاب والام قربت او بعدت لما بيناه ويقتل الولد بالوالد
لعدم المسقط ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد
ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا
لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث
قصاصا على ابنه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفي القصاص الا
بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا محرما
فان مات والا يحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله
عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء
الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب الحد عنه كان كبير العظم
قال واذا قتل المكاتب عبدا وليس له الا المولى وترك وفاء فله القصاص وارث
عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله لا اذ لا ارى في هذا قصاصا لانه
استفاد سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا او صار
كمن قال لغيره بعتني هذه الجاريه بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له
وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى يقين
على التقدير بن وهو معلوم والحكم متجدد واختلاف السبب لا يفضي الى التفاوت
ولا الى اختلاف حكم ولا يبالى به بخلاف تلك المسئله لان حكم ملك اليمين

يغاير

ويستحق القصاص موروث حق ميراثه على فرائض الله تعالى من الزوج والزوجة وكذا الدية ويستوفي بعض الورثة استيفاء والقصاص
اذا كانوا كبارا حتى يجتمعوا وليس لبعضهم ولا لاحد الا بوكل
بستيفاء القصاص

يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا
مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا او لوارث ان مات حرا
جريا اذا ظهر الاختلاف بين الصحابه رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية
قال علي وابن مسعود وعبد الله بعد اداء كتابته
او البرء على الخلاف الاول لان المولى مستحق فيها ولو لم يترك وفاء وله ورثة اجراد
وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة
بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا
ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن
والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه واليراهن ليتوله ويبطل حق
المرتهن في الدين ويشترط احضارهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا
قتل ولي المعتوه فلا يجب ان يقتل لانه من اكولاية على النفس سرع لا مرجع
راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالنكاح وله ان يصالح لانه انظر
لان له ولاية على نفسه
لان المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي لهذه الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه
ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويترجح تحت هذا الاطلاق الصلح
عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي
كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه
فنزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه
يحب بعفو الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص
بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملك ما فيه من ابطال قوة الولي قالوا القياس
ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود
متحد وهو التشفي وفي الاطراف يتحقق ان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
فانها خلفت وقاية الانفس كالعلى ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف
في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي يوليه الاب في الصحيح لان يتولى
للصغير في النفس وما دونها

ان من قتل ولاولي له استوفيه السلطان او القاضي لمن قتله فله قال ومن
قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء
البعض لعدم التجزي في استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر
الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين له
انه حق لا يتجزى لثبوته لسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من
الصغير منقطع فيثبت للكل واحد منهما كملا كما في ولاية النكاح بخلاف
الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسلة المولين ممنوعة قال
ومن ضرب رجلا بحديدة فقتله فان اصابه بالحديد قتله وان اصابه بالعود
فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح
فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما كذلك وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انه يجب اجرح وهو الاصح على ما بيناه
وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فما تجب الدية
لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر ثم قيل هو بمنزلة
العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رحمه الله على ما
نبترد فيما هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة
لانه ان الموالاة في الضربات اذا عدت دليل العمدية فيتحقق الموجب لنا ما دونا
الا ان قيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم
العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه الغضبة فحالت
الضربات فصار كالو سقط عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للحدود
فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في لجة فلا قصاص عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله غير ان عندهما يستوفى
جزاء وعنده يغرق كما بتناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة

قال ومن قتل ولاولي له استوفيه السلطان او القاضي لمن قتله فله قال ومن
قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء
البعض لعدم التجزي في استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر
الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين له
انه حق لا يتجزى لثبوته لسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من
الصغير منقطع فيثبت للكل واحد منهما كملا كما في ولاية النكاح بخلاف
الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسلة المولين ممنوعة قال
ومن ضرب رجلا بحديدة فقتله فان اصابه بالحديد قتله وان اصابه بالعود
فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح
فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما كذلك وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انه يجب الجرح وهو الاصح على ما بيناه
وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فما تجب الدية
لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر ثم قيل هو
بمنزلة العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رحمه الله على ما
نبترد فيما هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة
لانه ان الموالاة في الضربات اذا عدت دليل العمدية فيتحقق الموجب لنا ما دونا
الا ان قيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم
العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه الغضبة فحالت
الضربات فصار كالو سقط عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للحدود
فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في لجة فلا قصاص عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله غير ان عندهما يستوفى
جزاء وعنده يغرق كما بتناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة

قاتله واستعمالها اعادة العمدية ولا مرا في العصمة وله قوله عليه
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ مائة
من الابل منها اربعون في بطونها اولادها اثرة ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله
شبهة عدم العمدية ولان القصاص بني على المماثلة ومنه يقال اقتص اثره
ومنه المقصة للجلمان ولا مماثلة بين الجرح والذبح لقصور الثاني عن
تخريب الظاهر وكذا الايمان مثلان في حكمة الزجر ان القتل بالسلاح
غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة
وقد اومأ له اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت
الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة
قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص
لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال
واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه
مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه
والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة ولان الدية على ما نطق
به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على ايمان ابي حذيفة رضي الله
عنه قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا
فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بكثير سواد هم قال
عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن جرح نفسه وشجه
رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الجاني ثلث الدية
لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله
وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي السواد
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تغسل وتصلى عليه وعند ابي يوسف رحمه الله
تغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف

المسائل على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هذا مطلقا فكان
جنسا آخر وفعل الإحنى معتبر في الدنا والآخر فصار ثلاثة أجناس
فكان النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب
عليه ثلث الدية والله أعلم **فصل** ومن شهر على المسلمين سيفا
فعليهم أن يقتلوه لقوله صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفا
فقد أحل دمه ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقا
لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله أخف لأنه
في الجامع الصغير فحق على المسلمين ليس لقتلوه إشارة إلى الوجوب والمعنى
وجوب الدفع الصغير وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا
ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في طريق في غير
مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بيناه وهذا لأن السلاح
لا لبث فيه فيحتاج إلى الدفع بالقتل والعصا الصغير ولو كان لبث
ولكن في الليل لا يلحقه غوث فيضطر إلى الدفع وكذا في النهار في غير
المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا قالوا فإن
كان عصا لا لبث فيحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما قال وإن شهر
المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله
وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والبهيمة
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب الضمان في البهيمة ولا يجب في الصبي
والمجنون للشافعي رحمه الله أنه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ
الساهر ولأنه قصير محمول على قتله بفعله فأشبه المكره ولأبي يوسف
رحمه الله أن فعل البهيمة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يجب الضمان
أما فعلها معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتها
لحقهما وعصمة البهيمة لحق مالكها فكان فعلها مسقطا للعصمة

فعل الدابة ولأنه قتل شخصا معصوما وأتلف مالا معصوما
حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلها وإن كان
عصمتها حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل بتحقيق
الفعل منها بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا وأما
يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية والـ ومن
شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتل الآخر فعلى القاتل القصاص
معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون مجادبا بالانصراف فبطلت
عصمته والـ ومن دخل على غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه
وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولأنه مباح له
القتل دفعا في الابتداء وكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسئلة إذا
كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل **باب**
القصاص فيما دون النفس ومن قطع يد غيره
عمدا من المفصل فطلبت يده وإن كانت يده أكبر من يد المقطوعة
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته
فيه يجب القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر
ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك قال
وكذا الرجل واليد والأذن لأنه أمكن رعاية المماثلة قال ومن
ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فإن
كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال
في الكتاب يحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه
بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله
عنهم أجمعين قال وفي السن القصاص لقوله تعالى السن بالسن والأن
كان سن من تقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت

بالصغر والكبر قال وفي كل شجة تحقق فيها المماثلة القصاص
لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي
عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص
في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن
متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يرد بالمبرد
ولو قلع من أصله فيقلع الثاني مماثلان قال ولا سن فيما دون
النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان سبب العمد يعود الى الآلة
والفعل هو الذي يختلف باختلافها دون النفس لانه لا يختلف
باتلافه باختلاف آلته فلم يكن العمد والخطأ ولا فصاص بين الحر
والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا
للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر
الاطراف بالنفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسالك
الاموال فتعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا تقوم
الشرع وامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط
له فاعتبر اصله وبخلاف النفس لان المتعلق ازهاق الروح والتفاوت
لا خلل فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في
الاطراف قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ
منها فلا قصاص عليه لانه لا امكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسير
ولا ضابط فيه وكذلك البرء ناد فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا
قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة
الاصابع فالمقطوع يده بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء
له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله
ان يعود بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انقطع عن ايدي

الناس بعد الاتلاف اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط
حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت الموضحة قبل
اندمال الجاني عليه او قطعت طفلا فلا شيء له عندنا لان حقه متعين
في القصاص وانما يتحول الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف
ما اذا قطعت فحق عليه من قصاص او برء حيث يجب عليه الارش
لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج
رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص
وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مستبينة فيتم
داء الشين بزيادتها وفي استيفائه ما في الشاج زيادة على ما فعل
ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فتنقص
فلهذا تركنا في الثلاثة والصحيح وهو عكسه لكن يروى ايضا انه يتعذر
كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تأخذ
من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج وهو المختار لان المعنى
لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اذا قطع من اصله يجب لان امكن اعتبار المساواة ولنا
انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع الحشفة
او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره لاختلاف
الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله
حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع
يجب القصاص لانه امكن اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها
لانه يتعذر اعتبارها والله اعلم **فصل** واذا اصطلح القاتل
واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال فيلتكان اذ

كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح
وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ
بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة فيجري فيه الاسقاط
عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز
بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض
الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال
لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف
الدية لانه ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى
العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى
نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم
او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم
من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا
لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب
دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة
اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان
من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي
وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث
او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم
يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط
حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف
ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هنا قصاصان
من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا
سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه اسقط حقه بفعله

امتنع لمعنى راجع
الى القاتل وليس للعافي
شيء من المال لانه صح

ورضاه

ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر رحمه الله يجب في سنتين
فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما
اذا قطعت يده خطا ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث
سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين
في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا
اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم
ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب
تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين
قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك وان حضر واحد قتل له وسقط حق
الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال
وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم
فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي
تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه
عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل
اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من
كل منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان
القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي
به قال ومن وجب عليه القصاص فمات سقط عنه القصاص
لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتاتى فيه خلاف الشافعي
رحمه الله اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل
واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي
رحمه الله يقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى
انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او

ولنا انه اذا قتلوا واحدا
وجب القصاص على كل واحد
كان كل واحد منفرد بسبب اتلاف
العدوان

احدهما السكين من جانب والآخر من
جانب وامراه حتى التقى السكينان
لا يجب القصاص عنه

يجمع بينهما لجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب تستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد

يتعدد بتعدد الاثر والله اعلم

فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطعه عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ وبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف

ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها من الحال الذي يرجع عليهم بموجب جنايتها
وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان
كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج تسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث
منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له
من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق
المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا
استوفى طرف من عليه القود وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه
لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع
ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبريا عنه بدون
العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له
بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس
بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برا او ما عفا
وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له
قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا
يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك
القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض
لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى
لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى فلانا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء
حتى لو قطع وما عفا وبرا الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته

قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع
وان كانت تابعة قياما فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس
من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى
النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن
لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه
من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام
والبزاغ والحجام والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه
في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى
الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة
فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما
تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجب لا يتقيد بوصف السلامة
كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو
فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر
البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يعيد وان كان خطا لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على
آخر له في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه
عوض عن نفسه فيكون الملك فيه بمنزلة الملك في المعوض كما في الدية ولهذا
لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت
فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة
دون الوراثة الا يرى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من
اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة و
تعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب

(نعقب)

احدهم خصما عن الباقين فتعاد البينة بعد حضوره فان كان اقام
القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص
لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته
الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك
عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بينا
قال فان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما
باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران الى انفسهما مغنما وهو انقلاب
القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده
لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق
المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما
وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على
انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا
بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة
الابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما
وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل الدية للمشهود عليه لاقراره
له بذلك قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك
القصاص على ما مر والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت
بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله انه اذا
شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في
البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل
في زمان ومكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل
بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد وتختلف احكامهما فكان على كل قتل

لما شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه به ولو كان مخطيا لا يحل له ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدوا انه قصد غيره فاصابه كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده

شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله
فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري
باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان
القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا
بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم
في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واقلوا كذبهم لجعلهم في نفي العلم
ظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف
بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال
واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتله فقال الولي قتلتماه جميعا فله
ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي
قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد
منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر
له والمشهود له في الثاني غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره
في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان
التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله تعالى ثم وقع به
السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد
اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح
قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر
حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى
لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل
الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية ولو دي

فان قيل انهما لا ينكران ان الفعل موجب للضمان ولكن ادعيا الابراء بالارتداد قلنا الردة تنفرد في الابراء الى الرمي فلا تتغير بها حكم الرمي وهذا لان اثر الارتداد في ابطال التقوم وقد تقدم الرمي على الارتداد ولما صادف الرمي محلا بطريق الاستناد وعند الرمي كان متقوما فيجب الضمان [illegible]

اليه وهو مرتد فاسلم ثم رمى به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا
رمى حربيا ثم اسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب
موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك قال فان كان عبدا فاعتقه مولاه
ثم رمى السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله
فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه
له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية
ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه
بصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف
القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل فانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية
لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية واما الرمي قبل الاصابة
ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان
فلا يخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وذكر رحمه الله وان كان يخاف الفنا
في وجوب القيمة نظرا الى حاله الاصابة فالحق عليه ما حققناه قال ومن
قضي عليه بالرجم فرماه رجل فرجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء عليه
الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا
ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس
والعياذ بالله لم يؤكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي
هو الزكوة فيعتبر الاهلية وانسلاخها عنه ولو رمى المحرم صيدا ثم حل ووقعت
الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان
الضمان الما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت
الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه

قال هو قول النفس

او الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى
فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين يعني بهذا النص
ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف
ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور
على ما عرف ويجزي فيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به في كفارة القتل واولاده
الظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لا يعرف وجوده
ولا بسلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة من الابل اثلاثا ثلاثون
بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلاثون
جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها
لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا
وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وعن عمر وزيد
رضي الله عنهما ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد
اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس مؤمن مائة من
الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفته
التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ اثلاثا كما ذكرنا
وهو كالمرفوع فيعارض به وان ثبت التغليظ فالابل تختلف
لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال
وقتيل الخطإ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بيناه
من قبل قال والدية في الخطإ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت
مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون
جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه فاخذنا نحن والشافعي رحمه الله

به لروايته ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطا خمسا على
نحو ما قال ولان خطأه لما خف وكان الشبه بحاله الخطأ لان الخاطئ معذور
عبر ان عند الشافعي رحمه الله يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض
فالحقه عليه ما ذكرناه قال وفي العين الف دينار ومن الورق عشرة
الاف درهم وقال الشافعي رحمه الله من الورق اثنا عشر الفا لما روى
ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا
ما روى عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل العشرة
الاف درهم وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة
وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم
الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل
على اهل كل مال منها وله ان التقدير اما ان يستفيم لشيء معلوم المالية
وهذه اشياء مجهولة المالية ولهذا لا تقدر بها ضمان والتقدير بالابل
عرف بالاثار المشهورة عد منها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح
على الزيادة على ما في حلة او مائتا بقرة لا يجوز وهذا لانه التقدير
بذلك لم يقل به قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما والوجه
على النصف من دية الرجل وقد روي هذا اللفظ عن علي رضي الله
عنه مرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث
لا تنصيف واما قوله زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما
رويناه بعمومه ولان جمالها النقص من حال الرجل ومنفعتها
اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس وكذا في اطرافها
واجراؤها اعتبارا لها بالثلث وما فوقه قال ودية المسلم
والذمي سواء وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني اربعة

الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودي
والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل
المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي رحمه الله ما روى ان النبي
عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية
المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام في دية كل ذي عهد في عهده
الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي
رحمه الله لم يعرف رواية ولم تذكره كتب الحديث وما روينا اشهر مما رواه
مالك فانه ظاهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه وقال وفي المارن الدية
وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن
المسيب رحمه الله ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان
الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله
صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه
اذا فوت حس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي
على الكمال يجب كل الدية لان تلافي النفس من وجه وهو ملحق بالتلاف
من كل وجه تعظيما للآدمي لصلته فصار رسول الله عليه السلام بالدية كلها
في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية
لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة
لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه
عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق
وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وكذا
الآلة قائمة ولو قدر على الكلام بعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف
وقيل على عدد جروف يتعلق باللسان بمقدار ما لا يقدر بحرف قيلان

فد ر على اكثرها يجب حكومة عدل لحصول الم فيها مع الاخلال وان عجز عن اداء
الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر
لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول به ودفق الماء
والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الخشفة الدية كاملة لان
الخشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال
وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع
بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او
ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه
قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهبها العقل والكلام والسمع
والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه تفوت به منفعة
الجمال قال وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي
رحمهما الله يجب فيها حكومة عدل لانه زينة زائدة في الادمي وهذا لخلق
شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر
والساق ولهذا يجب في سعر العبد نقصان لقيمة ولنا ان اللحية في
وفيها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين
وكذا شعر الراس ظاهر الذي ترى من عادته خلقة يتكلف في ستره بخلاف
شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال اما لحية العبد فعن ابي حنيفة
رحمه الله انه يجب كمال القيمة والصحيح على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة
لانه يستعمل دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشاربين حكومة عدل وهو الاصح
لانه تابع اللحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه
شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده كعدمه وان كان
اكثر من ذلك فكان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة
عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج

وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لم يجب
شيء لانه لم يفت اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبت بيضاء
فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب
حكومة العدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه
يشينه ولا يزينه ويستوي الخطأ والعمد على هذا الجمهور وفي الحاجبين
الدية وفي احدهما نصف الدية وعندهما في كل واحد منهما يجب حكومة
عدل وقدر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين
الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الثديين
الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رحمه الله عن النبي عليه السلام قال
وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن
حزم وفي العسن الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين
من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال يجب كل الدية وفي تفويت
احدهما يفوت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثدي المراة الدية
لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المراة لما بيناه
بخلاف ثدي الرجال حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعة و
الجمال وفي حلمتي المراة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع واستمساك
اللبن وفي احديهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العين الدية
وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الهدب
محاذا كما ذكر محمد رحمه الله وفي الهدب للمحاورة كالبراونة للقرية وهي حقيقة
في البعير وهذا لانه تفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة
دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب
في الكل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي الثلاثة منها ثلاثة
ارباع وهو يحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع

الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشئ واحد وحاجبا كالمابين
مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية
لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة
وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها قال وانامل كلها سواء
لا طلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا يعتبر الزيادة فيه كالابهامين
مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه تفوت بقطع كلها منفعة المشي
فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتقسم الدية عليها اعتبارا قال
وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدى عشرة اصبع وما فيها
مفصلان ففي احدى عشرة نصف دية اصبع وهو تقسيم الدية
على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث
ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل وفي الاسنان والاضراس
سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات وفي الاسنان كلها سواء
ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع
وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات
قال ومن ضرب خصيي فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا
شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق بهما فوت جنس المنفعة
لا فوات الضوء ومن ضرب صلب غيره فاذهب نكاحه تجب الدية لتفويت جنس
المنفعة وكذا لو اجره لانه فوت حالا على الكمال وهو استواء القامة
فلو زال الحدب لا شئ عليه لزواله لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشر الحارصة وهي التي تخرج الجلد اي تخرشه ولا تخرج
الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين و
الدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس

والموضحة وهي التي تكشر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد
الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ
قال ففي الموضحة القصاص لما روي ان عمد الما روى لما النبي عليه السلام
قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان يتهيأ السكين الى العظم فيتيسر وبان
يتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار
المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة
كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد
رحمه الله يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه
يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك
غالب فيستوفي غورها بمسبار لم تخد حديد بقدر دكل فيقطع بها بمقدار
ما قطع محمن استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة
العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بالحكم
العدل وهو ما روي عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله قال وفي
الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي
المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث
الدية فان نفذت فيها جائفتان فعليه ثلثا الدية لما روي في كتاب
عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في الموضحة خمس من
الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى في الموضحة
ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه
انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت
نزلت منزلة الجائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر
وفي كل جائفة ثلث الدية فكذا هذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد
رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي تتلاحم فيها الدم

وليسوة وما ذكرناه بدليا مروى عن ابى يوسف رحمه الله وهذا اختلاف عبارة
لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهى التى تصل
الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب فلا جنايته مقتصرة مفردة
تحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير
الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تخفت
في غيرهما كالساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة عدل
لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم
فيها لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها
في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل
ليسا من الوجه وهو قول الكرخى رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر
لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة والمواجهة للناظر فيهما
الا ان عندهما من الوجه لاتصالها به من غير فاصل وقد يلحق فيه معنى
المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف هو في الراس اوجوف البطن
وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى رحمه الله ان تقوم مملوكا بدون
هذا الاثر وتقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى التفاوت ما بين القيمتين وان كان نصف
عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخى رحمه الله
ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف
الدية ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب
على ما مر وان قطعها مع الكف فيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام
في اليد خمسون من الابل وفي احداهما نصف الدية ولان الكف تبع الاصابع لان البطش
بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي

وفي الزيادة حكومة العدل وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله وعنه ان
ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع
ورد في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب
فلا يراد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف
والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه
الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف
لانه تابع ولا تابع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع
واحد ففيه عشر الدية وان كانت اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا
عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه
الاكثر وبرجل الغليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان
الكل شيء واحد ولا الى اعدارا حدهما لان كل واحد اصل من وجه فيه
باليكثر وله ان الاصابع والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم
واوجب الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات
والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثه
اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع
اصول في التقوم والاكثر حكم الكل فاستتبع الكف كما اذا كانت الاصابع
قائمة باسرها قال وفي اصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي
لانه جزء من بدنه لكن لا منفعة فيه ولا زينة ولذلك ليس الشاغية لما
قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل
وقال الشافعي رحمه الله يجب ديته كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع
الاذن والاذن لنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا
لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة
للالتزام بخلاف الاذن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال

وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد
صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل
به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال ومن
شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل
تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب
بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا
بسبب واحد فيدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال
زفر رحمه الله لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان ذهب سمعه او بصره او
كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام
ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة
مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى
جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر
بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا
موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا وينبغي
ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية
في العينين قال وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع
او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل
الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر نصف سن رجل فاسود ما بقي ولم
يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس
او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع
موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة

لهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة
في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره
فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس
في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة
وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ
في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا
وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت
الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وزفر
والحسن رحمهم الله يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في المسألة الاولى وهو ما اذا
شجه موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية
مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة
لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية
ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص
كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر
بطريق التسبيب الا يرى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في
التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا يبقى الاول فانقلبت الثانية
مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا في رواية ابن
سماعة رحمه الله ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين
ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رحمه
وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة
من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت
لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف

رحمه الله انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها
صاحبها الى مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما
لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها
لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن
النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى
بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت
الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك
للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت
فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين
انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة
فيجب المال ولو ضرب انسانا سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو
اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة
فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف
ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول
قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط
فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله
وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو
لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب حكومة الالم
وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت
يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص
لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود
الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ولو اصفر فيه روايتان
قال ومن شج رجلا فالتحمت الشجة ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط

الارش

الارش عند ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رحمه الله
يجب ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال
فيجب تقويمه وقال محمد رحمه الله عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجر الطبيب
وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول
ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد او بشبهته ولم يوجد في حق
الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها
فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو
على الاختلاف في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ
ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد
والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل
في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه
حتى يبرأ وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص
في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام
يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها
في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر
الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في
مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام
لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث
سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا
لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب
ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله تجب حالة
لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ
وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه

جاز فلا تخير بالموجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون موجلا كالدية
الخطاء وشبه العمد وهذا لان القياس يابى تقويم الآدمي بالمال لعدم
التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد موجلا لا نجعلا فلا يعدل عنه
لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمد قدرا لا يخون
وصفا وكل حناية اعترف بها الجاني وهي مالة ولا مصدق على عاقلته لما روينا
ولان الاقرار لا تعدى المقر لقصوره ولايته عن غيره فلا يظهر في حق
العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية على العاقلة
وكذا كل حناية موجبها خمس مائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي
رحمه الله عمد عمد حتى يجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد وهو ضد الخطاء
غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فبقي عليه حكم الآخر وهو الوجوب
في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم من الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده
وخطاؤه سواء ولان للصبا شبهة الرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق
التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا
ولا نسلم تحقق العمد فانما يترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم
العقل والصبي قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد فصار كالنائم وخرج
الجواب عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة
ولا ذنب فيشبه انها مرفوعة القلم والله اعلم

فصل في الجنين

قال واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية
قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا للذكر والانثى عشر دية المراة
وكل منهما حسماية درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لا تقيف بحيوة والظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه السلام قال في
الجنين غرة عبد او امة قيمته حسماية وروي او خمس مائة وتركنا القياس بالاثر

وهو مجتهد على من قدرها لستمائة بحوما لك والشافعي رحمهما الله وهي على
العاقلة عندنا اذا كانت حسماية درهم وقال مالك رحمه الله في ماله لانه بدل الطرف
احترازا عن جنين الامة فانها معتبرة بالقيمة فاذا لم تبلغ فيمته حسماية درهم
ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا لا تجب على العاقلة
سماه النبي عليه السلام دية حيث قال ادوه وقالوا اندري من لا صاح
ولا استهل الحديث الآن العواقل لا يعقل ما دون حسماية وتجب في سنة
وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانها بدل النفس ولهذا تكون
موروثا بين ورثته ولما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة واحدة ولانه لو
كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال
بالام فعملنا بالشبه الاول في التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى
سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب
في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على مزوجب يجب في ثلاث سنين
ويستوي فيه الذكر والانثى طلاقا روينا ولان في الجنين لما خاطب
التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فتقدر بقدر
واحد وهو حسماية فان القت حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا
بالضرب السابق وان القت حيا ثم مات ثم عليه دية بقتل الام وغرة
بالقائه وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام
من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية الام ودية في الجنين
لان قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية الام ولا شيء في الجنين
وقال الشافعي رحمه الله يجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب
فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام اجري سببي موته
لانه يختنق بموتها اذ تنفيه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال
وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فترثه ورثته ولا ترثه

الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة
ولا يرث منها الضارب لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال
وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو
كان أنثى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء
يؤخذ مقدارها من الأصل ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند
ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها
وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا
بجنين البهائم وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر
إن شاء الله فصح الاعتبار على أصله فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها
ثم ألقته حيا ثم مات فعليه قيمته حيا ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق
لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون
الدية وتجب قيمته حيا لأنه صار قاتلا إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب
والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله تجب قيمة ما بين كونه مضروبا
إلى كونه غير مضروب لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد
إن شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله
تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى
العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل
الدية قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا فإذا تقرب إلى الله تعالى
كان أفضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه
بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا ولأنه ولد في
حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق
هذا الحكم ولأن بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفسا والله أعلم

يستغفر له

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو
جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينزعه لأن كل واحد صاحب
حق المرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا
في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين
لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما هو في معناه إذ المانع متعنت
فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار
في الإسلام قال وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع
كنيفا ولا ميزابا إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على
كل حال فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم وفي الطريق النافذ
له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل
في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق
الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على
الشركة حقيقة وحكما قال وإذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا
أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته لأنه مسبب لتلفه متعد
بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الأصل وكذلك إذا سقط
شيء مما ذكرنا في أول الباب وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به
دابة وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه
فيهما لأنه يصير كالدافع إياه عليه وإن سقط الميزاب نظر فإن أصابه
ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان لأنه غير متعد فيه لما أنه
وضعه في ملكه وإن أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه
لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة
عليه ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان
جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان

العرض [illegible] وفلان من عرض الناس
أي من سقطهم لا من صميمهم [illegible]
العصابات [illegible] الناس
المراد هنا العوام والأراذل
المتوله أي أضعفهم

أي لكنه يخاصم فيما لا ضرر
ولا ضرار لنفسه ولغيره وكذا
أي في حالة الإحداث إن تعدى
الجار عن قدر حقه ذكره

وقيل الروشن الخشبة
الموضوعة على جداري
السطحين ليتمكن عن المرور

٢٠٤

وان لم نعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع
جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع
خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب
بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه
وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيا يضمنه لانه متعد
فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيا لا يضمنه لنسخ الريح
فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته و
قد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح
او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم
لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه
انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده
فلم يتسلم اليه فعلهم فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على
رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم
عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه
وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء
او توضا لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير
نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك
فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش
ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر
انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا
يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد
موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع
علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر

الى المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه
ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا ولو
استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات
فالضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على
الاجير لفساد الامر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا
فتلف به انسان فديته على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمانها في ماله لانه
متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان
ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة
القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع
كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما
قصده دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل
به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن
موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ
لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير
في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره
عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق
العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات
على راي الامام وهو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل
في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان
حفره في ملكه لا يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء داره لان له
ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا
له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين
او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا

وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما فلا ضمان
على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا
مات من الوقوع وقال ابو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما
فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر
وقال محمد رحمه الله فهو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع
لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر اجراء فحفروها له في غير
فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه
لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين
وصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا
ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب
والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهاهنا يجب الضمان على المستاجر
ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد
فيرجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس
بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس
لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا
بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له
بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب
وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا
بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة
بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل
القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها فعطب
لان الاول تعد وهو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة فكانت الاضافة
الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر

لان الجوع هالك من طبعه والغم من اثر البئر

اي لا يضمن

لان البئر تنبعث منها العفونة

فانه سبب آخر وهو بعد الطعام او احتراق معدته

فكانه حبسه حتى مات

من موارد الطعام

لانهم جناة في الحفر شرعا

انه في غير فنائه

القنطرة ما لا يرفع والخشب ما يرفع

[illegible]

مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا
اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان
لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه
فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج
في التقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس
ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا
كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او
حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة
ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه
من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا
فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير
فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه
واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا
مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا
السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا تفرد
بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهله قال
وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان
كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل
ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء
الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا
الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلوة
والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس
مباحا لانه من ضرورات الصلوة ولان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما

اي الحمل

اي بالسقوط او بالعثور

كالجوالق واللبد

والمراد هنا اهل المسجد

قال شمس الائمة الحلواني

لانها تمكين الناس من اقامة الصلوة

او واحد منهم

لاهله

اي لو صلى غير اهل المحلة بجماعة كان لاهل المحلة ان يعيدوها

جواب عما قالا ان هذه من القرب

اي في المسجد

حال

[illegible]

الحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه
الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاحل
مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو
ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي
الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا
اوطأ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير
العسيرة فيه في الصلوة فتعقل له انسان يسعى اذا له يضمن لان
المسجد بني للصلوة واسم الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل
المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وجد

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه
بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة تقدر على نقضه حتى سقط
ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع
منه مباشرة ولا متعد فيه هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان
وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان
ان الحائط لما مال الى الطريق وقد استغل هواء المسلمين بملكه ويده
فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه لحقه عليه فاذا امتنع صار
متعديا فصار منزله ما لو وقع ثوب انسان في فجره بصير متعديا بالامتناع
عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه لم يتعد
الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان لامتنع عن التفريغ
المادة جدا عن انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب
وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل
لدفع الضرر العام منه لهم ما تلف به من النفوس بحر فيه الدية وتحملها العاقلة
لانه في كونه حتما دون الخطاء فيستحق به التخفيف بطريق الاولى

كيلا الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالمدود
والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط
التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد
ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد
ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه
هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يرى الحائط لانعدام التعدي ولو بنى
الحائط مائلا في الابتداء فقالوا لا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد
لان البناء تعدى ابتداء كما في الشارع والجناح وتقبل شهادة رجل وامرأتين
على التقدم لان هذا ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة
يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير تاركا جانيا
ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في الطرق
ويصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان
او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة
بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به قال ولو مال الى جدار رجل
فالمطالبة الى مالك الجدار صاحبه لان الحق له على الخصوص وان
كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الجدار
وكذا بازالة ما سفل هواها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او
فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان
الحق لهم بخلاف ما اذا كان مال الى الطريق واجله القاضي او من اشهد
عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس لهما ابطال حقهم
ولو باع الدار يجبها اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان
الحنث بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح
لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان

على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد الشراء فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضاء الشريكين الاخرين او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته

عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطات الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح ولا يمكنه التحرز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقا عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا

ضمن لأن في الوجه الأول لا يمكنه التحرز عنه إذ سير الدابة لا يعرى عنه وفي الثاني يمكنه لأنه ينفك عن السير عادة إنما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف قال وإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به إنسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره وإليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ إن السائق لا يضمن النفحة أيضا وإن كان يراها إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامه وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب قال وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل

الدابة تبع له لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء وكذا الراكب في غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان قال وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف كذا هذا ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم إذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا ما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق وهذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها

ورثته المقتول الحر وسقط حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان
على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد
اختلف بدله باختلاف القدر فاخذ ورثة الحر المقتول وسقط ما زاد عليه لعدم
الخلف وهو العبد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف
وهو العبد وهذا القدر يأخذ ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف قيمته
للحر يسقط عمونته لانه قد ما اخذ من البدل وهو نصف القيمة قال
ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فعقله ضمن وكذا على هذا سائق واحد وقائد
كالجمال ونحوه وكذا ما تحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع
متقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرد لانه لا يشد في
العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كلها والحمول على عاتقه دون اللباب
على ما مر من قبل ومتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فرمى
صاحبا او وطئ فان وطئ بعيرا انسانا ضمن هو القايد والدية على العاقلة
لان القايد عليه حفظ القطار كالسايق وقد امكنه ذكره وقد صار متعقبا
لا تقصير فيه والتسبيب يوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان
النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سابق فالضمان
عليهما لان القايد لواحد قايد للكل وكذا سابقه لاتصال الازمة وهذا
اذا كان السابق في جانب من الابل اما اذا كان بوسطها واخذ بزمام
واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمن ما تلف بما بين يديه لان القايد
لا يقود ما خلف السابق لانفصام الزمام والسابق لا يسوق ما يكون قدامه
قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقايد لا يعلم به فوطئ مربوط
انسانا فقتله فعلى عاقلة القايد الدية لانه لما كان صيانة القطار عن ربط
غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في
القتل الخطاء ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه

العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما متسبب لان الربط
من القيادة بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون
الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة
واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط
واما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القايد لانه قاد بعير غيره بغير امره
لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة
وكان لها سايقا فاصابت في فورها ضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة
السوق ولو ارسل طيرا او ساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق
بدفع البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار
وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سايقا لم
يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سايقا فاخذ الصيد وقتله جل
ووجه الفرق ان البهيمة مختار في فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا
يضاف فعله الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة ميست في الاصطياد
فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا
حاجة في حق ضمان العدوان قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا
ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان
سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة
انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت
ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال والاصطياد ثم سارت في
الصيد لان ذلك الوقفة تحقق مقصود المرسل فينقطع حكم الارسال
وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب في ماله في فوره لا يضمنه من
ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن
ما يولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح والتسبيب لا يوجب التعدي

ولو ارسل بهيمة فاتلفت شيئا على فوره ضمن المرسل وان مالت عينا

وسمالاول له طريق آخر لا يضمن ما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت انسانا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام في العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته فالساق لقضاء شهوته عينها ففيها ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا تعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والبعير وقال الشافعي رحمه الله النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل ومن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل ومن هذا الوجه تشبه المأكولات فجعلنا كالشاتين تشبه الآدمي في الجمال الربع وبالتشبه الآخر في نفي النصف ولانه امكن اقامة العلة مقامها اربعة اعين عينا ها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع نعوان اجرها ومن سار على دابته في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب قد تعاونا برفع الناخس واضيف فيه فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا في الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان ألقت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت نخسه على رجل او وطئته فقتلته كان

ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والناخس مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحها لانه امره بما علله اذ النخس في معنى السوق فصح امره به واستقل اليه لمعنى الامر ولو اوطأت رجلا في سيرها او قد نخسها الناخس باذن الراكب والدابة عليها نصفين اذ الكل في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن تناول فعله السوق لا ايتاءه ولان من حيث انه اتلاف من هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل شرط او علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة لكن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق وماتا فالدية عليهما لان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل مأمور وفعل لا يرجع وهو الاصح فيما اذا امره لانه لم يأمره بالايطاء والنخس منفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة يسيرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانه لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء منفصل عنه وكذا اذا وليه بلاجا فقتله آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فورد النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فورد كذا فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل او نفلتت من يد القائد فاصابت

في نودها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سايق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته واذا كان صبيا ففي ماله لانهما يواخذان بافعالهما ولو نخسها شي منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتله فالضمان على من نصبه لان الشي انه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى المملوك جناية خطاء قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفايدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي حالة الخطاء ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف

موت

الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه وياخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شي لولي الجناية اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرا لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقا عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق حقه به من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له

ان يفدي احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متجدد لتجدد سببه وهي الجناية
المتحد والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة فلا بد من التفريق في موجبها
قال وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته
ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول
فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه
لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع
فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة
والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف
الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له
يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قاله المقر والحقه
الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه
البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونه وكذا المعنى
لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل
الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع
لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان
الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبها يثبت قبل قبض البدل فيصير
بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا
وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون
البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه
لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما
بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا
لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر
الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك

ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن
في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع
ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من
جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او
رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر رحمه
لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية
لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق الطلاق او العتاق
بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق
والطلاق لا يحنث في يمينه كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية و
المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه
بعد الجناية الا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك
يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت
فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه
يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق واعتاق
يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع
عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر
انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا
فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية
وان كان لم يعتقه رده الى المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه
ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح
كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر
واذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود وكان الصلح
واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة

فلا يظهر في مقابلته الحق له دونه وهما سبب لكل واحد منهما بانفراده
الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال — واذا استدانت الامة
المأذون لها دينا ثم ولدت فانه تباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع
الولد بها والفرق ان الدين وجب حكما بها واجب في رقبتها متعلق برقبتها
استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع
في خدمة المولى لا في خدمتها وانما تلاقيهما اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع و
في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال — واذا كان العبد
بين رجلين ادعى احدهما على العبد انه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا
شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابراء
العبد والمولى لا يملك ذلك قال — واذا
اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال لآخر قتلته وانت حر
فالقول قول العبد لانه منكر لضمان لما انه اسند الى حالة معهودة
• ومنافيه للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد
على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي
وانا صبي او وانا مجنون وقد
كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال — ومن اعتق جارية ثم
قال لها قطعت يدك وانت لي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها
وذلك كله لما اخذ منها بالاجماع والغلة اسحسانا وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن لانها عينه يؤمر برده عليها
لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافيه له كما في
المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم اقرارها حيث اعترف
بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر
بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له

اللاث عند مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف اذا اعتقه
لان قيامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لانه لا صحة له الا
وان يجعل صلحا عن القطع وما حدث منها وهذا لو نص عليه ورضي
المولى به يصح لانه رضي بكون العبد عوضا عن القليل بكون اكثر منه
عوضا عن الكثير واذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء فاذا لم
يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى
المولى والمولى على حبرته في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل
قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده ثم مات من ذلك فان العبد
صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما
اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حتف انفه لا يجب القصاص هناك
وهنا قال يجب فيما ذكر هنا جواب القياس ويكون الوضعان جميعا على
القياس والاستحسان وفصل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد
صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد
ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص
اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على حال
فاذا لم يبطل الجناية لم يمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه
فالصحيح ما ذكرناه من قبل قال — واذا جنى العبد المأذون له جناية
وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة
الدين وقيمة الجناية لانه اتلف شيئين كل واحد منهما مضمون بكل
القيمة على الانفراد للاولياء والبيع للغرماء وكذا عند الاجتماع ويمكن
الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع
للغرماء فيضمنها بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث يجب قيمة واحدة
للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك

كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر
له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسند
الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن
مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى الامة
المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب
الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية قال واذا امر العبد
المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل
حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر وكذا
اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يواخذان باقوالهما لان المواخذة فيها باعتبار
الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون
على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان
اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذا اذا امر عبدا
معناه ان يكون الآمر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل
بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الآمر في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق
باقل من الفداء او قيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا
كان القتل خطاء وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطا اما
اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال واذا قتل
العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد
منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه
لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار
كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد
سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف وان كان قتل احدهما
عمدا والآخر خطا فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر

الفا

مرت بهذا براته عن ضمان العين قصاصا ولا دية

اي ذاهبة

اساه الى حالة فيه الضمان

اي مرهونة

لان حق الغرماء لم يتعلق بها في منفعتها الا بالبيع

لقصور عقله

لان الآمر قول والقول المحجور غير معتبر فلا يواخذ في الحال ولكن يواخذ بعد العتق بزوال المانع وهو حق المولى

لانه مختار بالدفع او الفداء فلان مضطرا

الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من ولي العمد وعشرة آلاف لولي الخطاء لانه
لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطاء في كل الدية عشرة آلاف وحق ولي
العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا فان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطاء وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطاء وربعه لولي
العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطاء بلا
منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم
ارباعا وعنده تقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله
التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذاك بالنصف ولهذه المسئلة
نظاير واضداد ذكرناها في الزيادات قال وان عبد بين رجلين فقتل
مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع
الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ
قول محمد مع ابي حنيفة رحمه الله

فصل

ومن قتل عبدا خطاء
فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم
او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على
الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته
عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان
بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل
العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا
وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية
مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهو اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان
فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما

اثلاثا

اي اذا اجتمعت الديون المساوية في التركة وضاقت عن الوفا يقسم التركة بين الغرماء بالحصص

كان في

لان نصيب من لم يعف

والاظهر انه مع ابي يوسف ذكره

فصار كسائر الاموال

ولو لم يكن بدل المالية لما بقي العقد باعتباره

اي الا سلم عشرة الاف الا عشرة

اي اوجب الدية بقتل المومن مطلقا ولا اشكال ان العبد مومن فيتناوله النص

لما ذكر

٢٦٥

لما انقلب مالا بعفو صاحبه ونصيبه ... بنصفه في ملك صاحبه ثم سقط ما اصاب ملك صاحبه بنفسه لكل الربع وقد ان القصاص واجب لكل واحد منهما من النصفين من غير تعيين واذا انقلب مالا احتمل الوجوب من كل وجه بان يعتبر متعلقا بنصيبه بنفسه واحتمل متعلقا بالنصف بان يعتبر شايعا فلا يجب المال بالشك والاحتمال

والدليل عليه انه يرجع الى التقويم وهذا في المقومين يختص بضمان المال ولانه يختلف باختلاف الاوصاف والقيمة في الجنين فيختلف باختلاف الحال والمالية باختلاف الاوصاف

فجعلناها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب
بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى
يبقى بعد قتله عمدًا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية
وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا
بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها
في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف
الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا
لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان
القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة
قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب
ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان
له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه
ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول
للاشتباه في من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح
وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون
للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه
الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل واحد منهما من الحق ثابت
في وقت الجرح والموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله في
الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف
لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى

فنزلت منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر
بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها و
لان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا
قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه
وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف
الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا
لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما
والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في
الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال وعلى اعتبار حالة الجرح
يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه
ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد
مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي
يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص
في الفصلين عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى
وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما
الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله في الفصل الثاني ومن
قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان
العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق
الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية الحر وقيمة العبد والفرق ان البيان
انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان
فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا
محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد
منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا

تجب على كل واحد منهما المتيقن به وهو القيمة
ثم النصف من كل واحد للمولى والنصف للورثة

وكل منهما ينكر ذلك ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد
فائدته وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل
من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الأطراف
فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فإن شاء المولى دفع
عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة
رحمه الله وقالا إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وإن شاء دفع العبد
وأخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل
الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما إذا فقأ إحدى عينيه أو
قطع إحدى يديه ونحن نقول إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة
في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه وإذا كانت
معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان
يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة
بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر
لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك وفي قطع إحدى اليدين وفقء إحدى
العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب
أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الأموال فإن من خرق ثوب غيره
خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته وإن شاء أمسك
الثوب وضمنه النقصان وله أن المالية إن كانت معتبرة في الذات
فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضا ألا ترى أن عبدا لو قطع
يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لأن
موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم
على الأجزاء ولا يتملك الجثة ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا
على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وأم الولد

عطف على قوله والفرق في هذا فرق آخر

ونحو ترتب أحكام العتق عليه

أي أحكام العتق في أحدهما

وقد ضمنا لها بكل القيمة كما في الحر فإنه يأخذ كل الدية

يضمن نصف القيمة وبقي الباقي على ملكه

أي اعتبار المالية يسقط دون النفس

أي إن لم تكن معتبرة

أي التخيير بين الدفع والفداء

أي المالية

قال وإذا جنى المدبر وأم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته
ومن أرشها لما روي عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على
مولاه ولأنه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد
من غير اختياره الفداء وصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم
وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش
ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد
في جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة بخلاف القن لأن الرغبات صادقة
في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وإن توالت
لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة ولأن دفع القيمة
كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر
قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق قال
فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأولى بقضاء فلا شيء
عليه لأنه مجبور على الدفع قال وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء
فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع ولي الجناية الأولى
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء على المولى لأنه حين دفع لم تكن
الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وكان كما إذا وقع
بالقضاء وله أن المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الأولى
ضامن بقبض حقه ظلما فيختار وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من
وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكما من حيث إنه تعتبر قيمته
يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطال
ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين وإذا أعتق المولى المدبر
وقد جنى جنايات لم يلزمه إلا قيمة واحدة لأن الضمان إنما وجب عليه
بالمنع فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وأم الولد بمنزلة

وكان أمير الشام فكان القضاء بمحضر من الصحابة

لعدم العلم بالجناية

يخير بين الدفع والفداء ولأن الجنس مختلف

نظرا إلى المقارنة من وجه

نظرا إلى التأخر من وجه

المقارنة والتأخر

المدبر في جميع ما وصفنا لان للاستيلاد مانع من الرفع كالتدبير واذا اقر
المدبر بجناية لم تجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جنايته
الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم بالصواب

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات منه ذلك في يد الغاصب فلا شيء عليه والفرق ان القطع قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فصير كأنه هلك بآفة سماوية في يد قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيضمن مستردا كيف وانه استولى عليه وهو سليم واسترداد المبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق حجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فصير مسقطا لحق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا دفعة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين ولاتي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويرفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كملا يؤدي الى اجتماع البدلين والعبد في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول

لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب

في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد واما انتقض باعتبار مزاحمة
الثاني فاذا وجد شيء من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه واذا
اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق منه بسبب كان
في يد الغاصب قال واذا جنى عند المولى وغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع نصف القيمة على الغاصب لما بينا
في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذا كان
في يد الغاصب فدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا
لان جماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى جناية في يده
ثم ردة فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند
المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى بنصفين ويرجع بنصف قيمته
على ولي الجناية الاولى فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما
ذكرنا الا ان في هذا الفصل يرفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة
قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فغصبه ثم
جنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة
واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب
لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل
القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقض لحكم المزاحمة
من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده
ولم يسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه
لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قسم هذه
المسئلة على الاختلاف الذي قدمنا على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله ان في

الاولى الذى يرجع به عوض عما سلم و لى الجنايه الاولى لان الثانيه كانت فى
يد المالك فلو دفع اليه ثانيا تكرر لا استحقاق لها فى هذه المسئله لكن لم
يجعل عوضا عن الجنايه الثانيه لحصولها فى يد الغاصب فلا يودى الى
ما ذكرنا قال و من غصب صبيا حرا فمات فى يده فجاءه او تحتى فليس عليه
شئ و ان مات من صاعقه او نهشته حيه فعلى عاقله الغاصب الديه وهذا
استحسان و القياس ليزم لا ضمان فى الوجهين وهو قول زفر و الشافعى لان
الغصب فى الحر لا يتحقق لانه يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر
يدا فاذا كان الصغير حرا رقه ويدا اولى وجه الاستحسان انه ان لم يضمن
بالغصب لكنه يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسببا لانه نقله الى ارض مسبعه
او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق و الحيات و السباع لا تكون
فى كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعدى فيه وقد زال حفظ الولى فيضاف
اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر فى الطريق
بخلاف الموت فجاءه او تحتى لان ذلك لا يخلف باختلاف المكان حتى لو نقله
الى موضع يغلب فيه الجرى و الامراض نقول انه يضمن و يجب الدية على
العاقله لكونه قتلا بسبب قال و اذا اودع صبى عبدا فقتله فعلى
عاقلته الديه و ان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابى حنيفه و محمد
رحمهما الله و قال ابو يوسف و الشافعى رحمهما الله يضمن فى الوجهين و على هذا الخلاف
اذا اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يواخذ بالضمان فى الحال عند ابى حنيفه
و محمد رحمهما الله و يواخذ به بعد العتق و عند ابى يوسف و الشافعى رحمهما الله
يواخذ به فى الحال و على هذا الخلاف الاقراض و الايداع فى العبد و الصبى
و قال محمد رحمه الله فى اصل الجامع الصغير صبى قد عقل و فى الجامع الكبير
وضع المسئله فى صبى ابن اثنى عشر سنه و هذا يدل على ان غير العاقل يضمن
لان التسليط غير معتبر و فعله معتبر لها انه اتلف مالا متقوما

معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعه و كما اذا اتلفه
غير الصبى و بالصبى المودع و لابى حنيفه و محمد رحمهما الله انه اتلف مالا
غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه بنفسه و رضاه و هذا لان
العصمه ثبتت حقا له و قد فوتها على نفسه حيث وضع المال عند غير بدفعه
فكان مفوتا عصمة ماله على نفسه لانه رضى بهلاك و رضاه
فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه فى الحفظ فلا
اقامه هنا لانه لا ولايه له على الصبى و لا للصبى على نفسه بخلاف
البالغ و المأذون له لان لها ولايه على انفسهما و بخلاف ما اذا كانت
الوديعه عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحريه فى حق الدم
و بخلاف ما اذا اتلفه غير الصبى و بالصبى لانه سقط العصمه
حتى لا ضمان فى صبى المودع
لا صافه الى الصبى دون غيره قال و اذا استهلك مالا ضمن بريه
من غير ابداع لان الصبى مؤاخذ بافعاله و صحة العقد لا تعتبر
بها فى حقوق العباد

القسامة

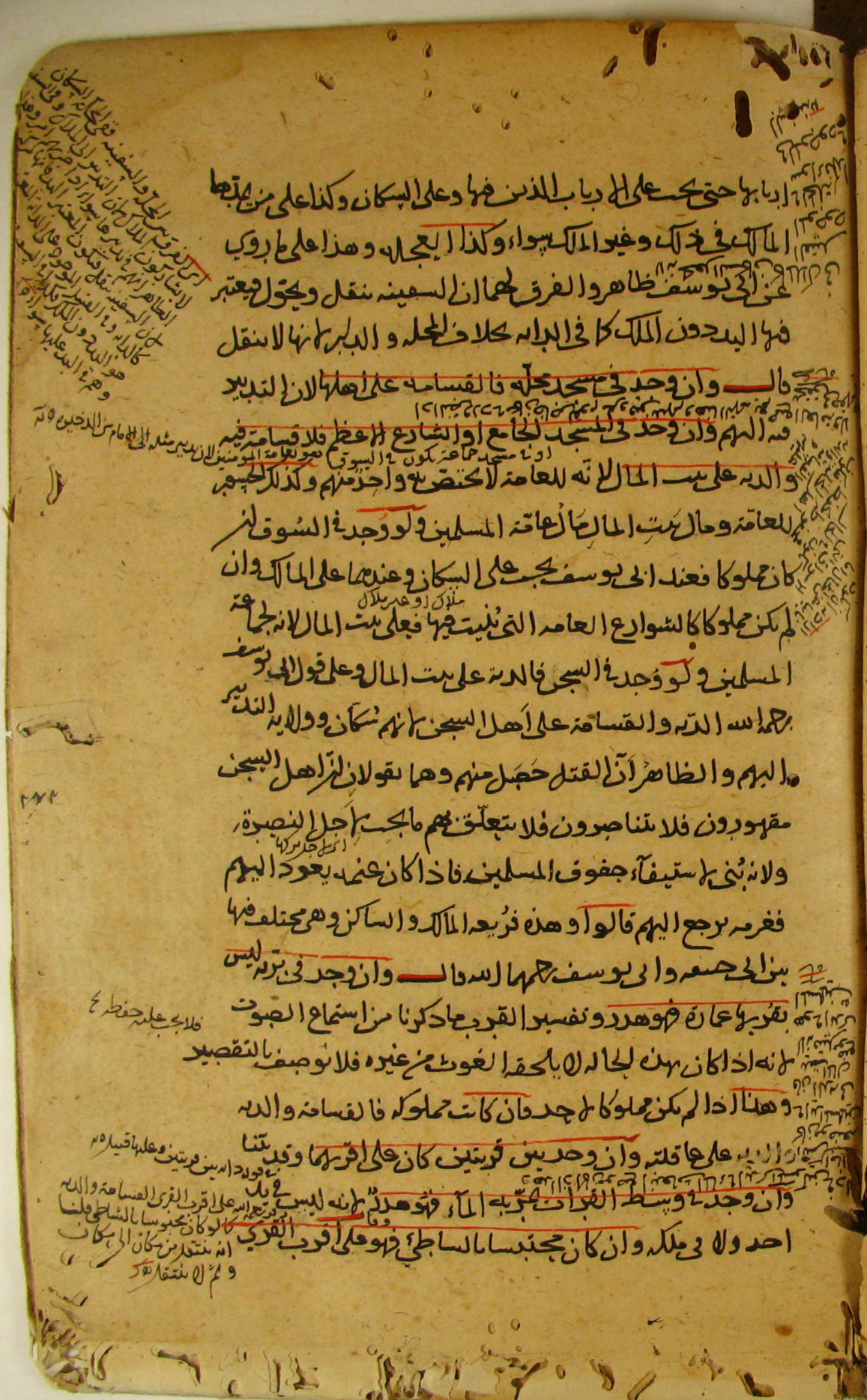
و اذا وجد القتيل فى محلة لا يعلم من قتله استحلف
خمسون رجلا منهم يختارهم الولى بالله ما قتلناه و لا علمنا له قاتلا
و قال الشافعى رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف المدعى وليا، خمسين
يمينا و يقضى له بالديه على المدعى عليه عمدا كان الدعوى او خطأ،
و قال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كان الدعوى فى العبد و هو احد
قولى الشافعى رحمه الله و اللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على
واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعى من العداوة ظاهرة او سبب
عدل او جماعة غير عدول من اهل المحلة قتلوه و ان لم يكن الظاهر شاهدا
له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولى
و ان حلفوا لا دية عليهم للشافعى رحمه الله فى البداية يمين الولى قوله
عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه و لان اليمين يجب

على من يشهد له الظاهر و لهذا يجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا
للولي بدأ بيمينه وردت اليمين على المدعى اصل له كما في الدعاوى
هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا
وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
رواه البيهقي رحمه الله ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل
الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع جوف
الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق و لهذا لا يستحق بيمينه المال
المبتذل فالولي لما لم يستحق به النفس المجتزئة وقوله يتخيرهم الولي الى آخره
خيار تعيين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل
او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل
وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يبالون ويعلمون تفيد يمين الصالح على
العلم بالغ مما تفيد يمين الطالح ولو اختاروا العمى او جحدوا في قذف
جاز لانه يمين وليس بشهادة قال واذا حلفوا قضي على اهل المحلة
بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الدية لقوله عليه السلام
في حديث عبد الله بن سهل يبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدة في الشرع
فتبرئ المدعى عليه لا تلزم كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام
جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث زيد بن ابي سهل وكذا
جمع عمر رضي الله عنه بينهما على ما روينا وقوله عليه السلام يبرئكم
اليهود بايمانها محمول على البراءة عن القصاص والحبس وكذا اليمين
تبرئ عما وجب لها اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذ النكول لا يصلح
شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقر بالقتل فاذا
حلفوا حصلت البراءة عن القصاص لم تجب الدية بالقتل الموجود
منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم

في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى
يحلف لان اليمين فيه مستحق لاداته تعظيما لامر الدم ولهذا الحق
بينه وبين البدنة بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل
حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل
الدية وهذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل
المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لما عيانهم والدعوى في العدد
او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض لما عيانهم
سنذكره من بعد ان شاء الله تعالى قال وان لم يكمل اهل المحلة
كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى
بالقسامة والى الله تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل
منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن سريج والنخعي رحمهما الله
مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب
منه الوقوف على الفائت لتبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم
فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك
لان المصير الى التكرار ضرورة عجز الاكمل قال ولا قسامة
على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول
قال ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على
اهلها وان في حديث سهل لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل
اذ القتيل في العرف من فاتت حيوته بسبب يشبه حتف انفه
حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة احتمال القتل
لم تجب عليه القسم فلا بد لئلا يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا او
دليل ان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم
من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل من الجنى عادة بخلاف ما

اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة
بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر
من نصف البدن او النصف مع الراس او محلة وعلى اهلها القسامة
والدية وان وجد نصف مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
مع الراس او وجد يده او رجله او راسه فلا شئ عليهم لان هذا
حكم عرفناه بالنص وقد وجد في البدن الا ان الاكثر حكم الكل تعظيما
للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدل ولا ملحق به فلا يجري فيه القسامة
وانما اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان مقابلة نفس واحدة
ولا تتوالیان والاصل فيه ان الموجود للاولياء كان كحال لو وجد البقية
وان كان كحال لو وجب
يجري فيه القسامة لان الحي والميت سواء الا ترى ان صلوة الجنازة في هذا
يجب على هذا الاصل لانها لا يتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس
به اثر الضرب فلا شئ على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان
به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان
الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم
لانه ينفصل ميتا لاحيا قال واذا وجد القتيل على دابة
يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار
كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم
لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان
مر قدابة بين قوتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي
عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي
الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين دعة وارجب
كتب ان يقاس بين قريتين فوجد القتيل الى دعة اقرب فقضى
عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت

لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا
قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار
في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل
السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد
وقال ابو يوسف رحمهما الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون
بالسكنى تكون بالملك الا ترى ان النبي عليه السلام جعل القسامة والدية
على اليهود واذا كانوا سكانا لخيبر ولهما ان الملك هو المختص بنصرة
البقعة دون السكان لان سكنى الملاك لزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية
التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام
اقرهم على املاكهم فكان ماخذهم على وجه الخراج قال وهو على
اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
رحمهم الله الكل المشترون لان الضمان انما وجب بترك الحفظ ممن له
ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار
الملك وقد استودانه ولهما ان موجب الخطة هو المختص بنصرته
لبقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية
التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله بنى حكمه على ما شاهد
بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما
بينا وان لم يبق واحد منهم بأعوانهم فهو على المشترين لان الولاية به
انتقلت اليهم او حلفت لهم لزوال من يتقدمهم او بزوالهم واذا وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار فتؤخذ ويدخل العاقلة في القسامة
اذا كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه
الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا قسامة
على العاقلة لان رب الدار اخص بها من غيره فلا تشارك غيره فيها كاهل



المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ودهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة
كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال ولو وجد القتيل
في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس
الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء
في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال
ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة الذي
في يده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة
المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل
قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ
والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون
المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه
الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ
باليد لا بالملك الا يرى انه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر
بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار
لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري
والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده
مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ به يقدر على الحفظ
قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى
يشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى
تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة
فلا يكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا يكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار
المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة
فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشتمل

البايع وان كان في
البيع خيار لاحدهما
فهو على عاقلة م

اعتبر اليد

اعتبر فيه الملك

اي بالاصالة يخرج المودع ونحوه

سواء كان صاحب الدار او غيره

يعني اذا انكرت العاقلة ان يكون الدار له وقالوا وديعة في يده

ان الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق

المحولة من الملاحين

اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها
والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على رواية
عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر
فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل
قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير
فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه
والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسر
للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان
كان مملوكا فعند ابي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان
لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة
المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف
رحمه الله الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير
اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن
مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة
ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم
فغرمه يرجع اليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها
بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال وان وجد في برية ليس
بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت
لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير
وهذا اذا لم يكن مملوكا لاحد فان كانت مملوكة فالقسامة والدية
على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه
وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد
احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى

او في مسجد جامع يكون في السوق

مملوك او غير مملوك

فلا يجب عليه حفظه

٢٤٢

من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع
فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من تقرب منه الا يرى انهم
يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم بخلاف النهر الذي يستحق
به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة
والدية عليهم قال وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه
لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان
قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق
وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا
منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك
بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم
قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون
بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على
غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى
قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين
اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل
منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل
المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان
بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق
عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد القتيل في معسكر
اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط
فعلى من يسكنه الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط
فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم
لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر

ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان
للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا
لابي يوسف رحمهما الله وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله
فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه
يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما
ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين
فبقي حكم ما سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة
على رجل من غيرهم انه قتل لا تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت
بدعوى الولي القتل على غيرهم فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة
اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير
الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي
اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين
هذين تخرج كثيرا من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من
اهل المحلة بعينه وشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة
لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بينا والشاهد يقطعها عن نفسه
فكان متهما وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله
ما قتلنا ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال
ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب
فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي
حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه وصار
هذا كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار

لا ضمان ولا قسامة بالاتفاق

قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن
احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم الشك ولو ان رجلا
جرح رجلا ثم حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم
يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف رحمه الله وفي قياس قول ابي حنيفة رحمه الله
يضمن لان يده لما نزلت المجلة وجوده جرحا فيه كوجوده فيها وقد
ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا
في دار نفسه فدية على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو
يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد
الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما
تجب بناء على ظاهر القتل وظاهر ان لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك
وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف الحائط
اذا وجد قتيلا في داره نفسه لان حال ظهوره قبله نقيت الدار على حكم
ملكه فصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس
معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رحمه الله يضمن الآخر
الدية وقال محمد رحمه الله لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل
انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رحمه الله ان الظاهر ان
الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة
ولو وجد قتيل في قرية فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليهم القسامة
يكرر عليهم الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال
ابو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب
على من كان من اهل النصرة والمراة ليست من اهلها فاشبهت الصبي
ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة قال
المتاخرون رحمهم الله ان المراة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة

المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجب
رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس بها جانب الارض من اهلها
قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب العاقل

العاقل جمع معقلة وهي الدية ويسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء
من ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطاء وكذا دية
وجبت بنفس القتل على العاقلة الذين يعقلون يعني يودون العقل
وهو الدية وقد ذكرناه في الديات وهي حجة في وجوبها على العاقلة قوله
عليه السلام في حديث حمل بن مالك للاوليا قوموا فديوه ولان النفس
محترمة لا وجه الى اهدارها والخاطئ معذور وكذا الذي تولى سببه العمد نظرا
الى الآلة ولا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه
استيصاله فيصير عقوبة فضم الى العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما
خصوا بالضم لانه انما قصر بقوة فعله وذلك بانصبابه وهم العاقلة هم
هم المقتدرون وتركام مراقبته فخصوا به قال العاقلة اهل الديوان
ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من اعطيائهم في ثلث سنين
واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتب اساميهم في
الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية على اهل العشيرة لانه
كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والارحام اولى بها
الاقارب ولما قضى عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل
على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم
وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة
وكانت بانواع من القرابة والحلف والولاء والعقد وفي عهد عمر رضي الله عنه
قد صارت الديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان

اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية
صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم
والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله
عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة
واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول
المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء
حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء

القضاء لا يوخذ منها لان الوجوب بعد م

على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة
معناه في المستقبل يوخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية
وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك
الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل
بان قتل ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على
القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق
به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به موجلا فلا يتعداه
ولو قتل عشرة رجلا خطا فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا
للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء
بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر
ابتداوها من وقته كما في الولد المغرور قال ومن لم يكن من اهل الديوان
فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم
عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص
منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد
على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد كل واحد من جميع
الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يوخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم

او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم تكن تتسع القبيلة لذلك
ضم اليهم اقرب القبايل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم
الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم
واما الابناء والاباء قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي
الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى
انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات
اذا لم يتسع لذلك اهل الراية ضم اليه اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة
اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم
به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار
فيستوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة
دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انها
لا توخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف
ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في
ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قايم
مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم
تخرج في كل سنة فكما خرج رزق يوخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان
كانت تخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يوخذ منه سدس الدية
وان كانت تخرج في كل شهر يوخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون
المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم
او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصته الشهر وان كانت لهم ارزاق
في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق
لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر
الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم

لان الرزق خلف عن العطاء

لانه لو حرك الى الاضرار بهم وعيالهم

وذكر القدوري ان
والرزق للفقراء

٢٧٥

قال ... ولا تدخل القاتل في العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم لانه
هو الفاعل ولا معنى لايجاب بعضه وهو اخذ غيره وقال الشافعي رحمه
لا تجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه
وللجامع كونه معذورا فالحاق الكل اجحاف به ولا كذلك الجانب
الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه اولى قال الله تعالى ولا تزر
وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذلة ممن كان راجحا في الديوان
عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما
يجب على اهل النصرة لتركهم مناصرته والناس لا يتناصرون بالصبيان و
النساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا الوكاف
القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب حرمان
الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد
فيهما والفرض لهما من العطاء المعونة لا النصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام
ورضي عنهن ولا تعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر
ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في
السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر وتعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم
لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا اجرّ لهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر
باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه
اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لانجبرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان
اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره و
بعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا تخرج كثير من صور مسايل العاقل
ومن جنى جنايه من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل الباديه اقرب
اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر بشرط ان يكون بينه و
بين اهل الديوان قرابة وهذا صحيح لان الذين لا يكتبون من اهل المصر ويقومون بنصرتهم

ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يختصون به اهل العطاء وقيل تاويله
اذا كان قرباهم وفي الكتاب اشاره اليه حيث قال واهل الباديه اقرب اليه من اهل
المصر وهذا لان الوجوب لحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فان كانت
القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة العينة المنقطعة ولو كان البدوي
ناد لاهل المصر لا مسكن له لا تعقل اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون
لا مسكن فيه كما ان اهل الباديه لا تعقل عن اهل المصر الناذل فيهم لانه
لا تنصرهم وان كان لاهل الذمة عواقل يعقلون بها فقتل احدهم
قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات
لا يستلزم المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن
لهم عاقلة يعرفونه فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم تقضى بها عليه كما في حق المسلم
لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت
فاذا لم يوجد تقيت عليه في ماله بمنزلة تاجر من مسلمين في دار الحرب قتل احدهما
صاحبه تقضى بالدية عليه في ماله لان اهل الدار لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا
القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر
والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت ملتهم لان الكفر كله ملة واحدة
قالوا اذا لم يكن للمعاداة فيما بينهم طاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود
والنصارى سعى لم تعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله
لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء يحول
ديوانه الى البصرة لم يرفع الى القاضي وانه تقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة
وان ذهب رحمه الله تقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف
لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا
حول بعد القضاء ولنا ان المال الواجب عند القضاء لما لم يكن لازما
فهو على القول بالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل

عنه عاقلته وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء
بخلاف ما بعد القضاء لأن الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد
ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها توجد من
العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء
عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب لأن في النقل إبطال
الحكم الأول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان
فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه
بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي
بالدية على أهل البصرة ولو كان قضي بالدية على أهل الكوفة لم ينتقل
عنه وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى
بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم
هذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضي بالدية عليهم في أموالهم
في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم
وإن كان قضي بها أول مرة في أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن
الدية تقضى من أيسر الأموال أداء والأداء من العطاء أيسر إذا
صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به
عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذ لا تحول إلى دراهم
أبدا لما فيه من إبطال القضاء الأول لكن يقضى ذلك من مال العطاء
لأنه أيسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لأن النصرة بهم ويؤيد ذلك
قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل
عنه مولاه وقبيلته لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة أقل
من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والأصل فيه حديث ابن

لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها في أموالهم ص

عباس

عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش
الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولأن التحمل للتحرز
عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل وإنما هو في الكثير والتقدير
الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني
والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل في العاقلة
كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله أو التسوية في أن لا يجب شيء على العاقلة
إلا أنا تركناه بما رويناه وما روي أن النبي عليه السلام أوجب أرش
الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات
فما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال
بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذا بالقياس قال ولا
تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح أو باعتراف
الجاني لما روينا ولأنه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان
العاقلة لقصور الولاية عنهم قال إلا أن يصدقوه لأنه ثبت بتصادقهم
والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم ومن أقر بقتل خطأ
ولم يرتفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث
سنين من يوم يقضى لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة
ففي الثابت بالإقرار أولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن
قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما
العاقلة فلا شيء على العاقلة لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم
يكن عليه شيء في ماله لأن الدية بتصادقهما قد تقررت على العاقلة
بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الأول إلا أن يكون له عطاء
معهم فحينئذ تلزمه بقدر حصته لأنه في حق حصته مقر على نفسه

[illegible]

الأموال ح

وبعد ما تقررت على العاقلة لا شيء عليه

وهو قضاء القاضي لم يوجد أصلا. حاشية

وفي حق حجته العاقلة مقرر عليهم قال واذا جني الجنين على العبد فقتله خطاء كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي رحمه الله يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا لو جب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا يتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه يتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان العاقل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جراءة المسلمين هم اهل نصرته ليس بعضهم احق من بعض فلهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان يجب الضمان على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة يتحملانه تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة عاقلته عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه لم يرجعوا على عاقلة الاب وان عقلت عاقلة الاب رجعت على عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي على عاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الكذاب تبين ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالكذاب ومتى ظهر ان الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى حي وعقل عنه قوم ثم ادت الكتابة لان عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حريته للاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا عن من لم يرجعوا عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله وضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر لان الآمر ثبت بالبينة وفي قول الآمر لو كان ثبت باقراره ففي ثلاث سنين من يوم يقضي بها

العاقلة على الآمر او على عاقلته لان الدية تجب موجلة طريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسايل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما ما ينقل ولاءه الى ولاء سبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم تقض وان ظهرت حاله خفية مثل عوده ولد الملاعنة عن حوالة الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها اولم يقع ولو اختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار لحالة وقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه تقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فيما حكم هذا الاصل مستاملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظاير والاضداد والله الموفق للسداد

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية عبارة عن ايجاب الملك مضافا الى ما بعد الموت وهي مستحبة والدليل على ان الوصية مشروعة قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين وقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم عند آخر اعماركم

زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح
للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما بينا وسنبين ما هو الافضل ان شاء الله تعالى
قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن مالك
رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف
ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن
المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر
الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق
به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في
الوصية من اكبر الكبائر وفسروها بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث
قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم
اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت
عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد
ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه
يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى
ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه
ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك
ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة
الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله
من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع
المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز
للقاتل عامدا كان او خاطيا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية
للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال
الشافعي رحمه الله يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي

تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه
ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله
لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع
لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث
ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا تجوز
لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا
لا وصية لوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه
قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا
او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما
بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث
في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى ينفذ من الثلث واقرار المريض
للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال
الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع
لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز
بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان
يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم
الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم ساووا
المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة
فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة
لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال
وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها
فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر
قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون

الثلث سوآء كانت الورثة اغنيآء او فقرآء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا ولو كانوا اغنيآء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين قال والموصى له يملك بالقبول خلافا لزفر رحمه الله وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله

لم يجز

290

لم يجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدا بالاهم فالاهم الا ان يبريه الغرمآء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رحمه الله تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال واعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلثي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح وعندهما تصح وردها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف في موضعه قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض

280

قاله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد
لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه
ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما يعلم وجوده وقت
الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود
كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها
صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه
يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه
يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وقد مر في البيوع قال ويجوز
للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع كالهبة وقد
حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح
ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او
فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة
لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت فصار كالبيع بشرط
الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك
الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا
هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا
يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن
والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة
يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك
الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانها
تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما
اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية
لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع

لانه

لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب
الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة
فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود
نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان الجحود
نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فاذا كان ثابتا في الحال كان
الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في
الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة
قال ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون
رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال باطلة لانه
الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط
كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي
اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة
بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ
صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا
ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين
اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها
للثاني ولم يتحقق فيبقى للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل
موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية
بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز
الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند
عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق

وهو الوصية

٢٨١

والمحل يقبل الشركه فيكون بينهما فان اوصى لاحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثاً لان كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهماً فصار ثلاثه اسهم سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الثلث وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثه فالثلث بينهما على اربعه عندهما وقال ابو حنيفه رحمه الله الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفه رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعايه والدراهم المرسله لهما في الخلافيه ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثه ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصيه وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازه من الورثه اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلاً والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابته في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذاً في الجمله بدون اجازة الورثه بان كان في المال سعه فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجمله بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركه بدليل انه لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصيه وفي الالف المرسله لو هلكت التركه تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثه قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصيه باطله وان اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصيه بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصيه بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رحمه الله يجوز في الاول ايضاً نظراً الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثه الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس

السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا له مثل نصيب احد الورثه ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثه لان السهم يراد به احد سهام الورثه عرفاً لا سيما في الوصيه والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثه وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياساً قال السهم في اللغه عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثه فيعطى ما ذكرنا قالوا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثه اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهاله لا تمنع صحة الوصيه والورثه قائمون مقام الموصي فاليهم البيان

ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثه فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفاً بالاضافه الى المال والمعرفه اذا اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغه قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رحمه الله له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركه ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركه اجناساً مختلفه ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمه وفيه جمع والوصيه مقدمه فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفه لانه لا يمكن

الجمع فيها جبرًا فكذا تقدمها قال ولو وصى بثلث ثيابه فهلك ثلثا
ذلك وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الموصى له بالثلث ما بقي
من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت
من جنس واحد وهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها
لانه يجري فيه الجمع جبرًا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات
اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي في كذا الدور المختلفة وهذا قول
ابي حنيفة رحمه الله وجده لانه لا يرى الجبر على القسمة وهذا هو قول
الكرخي عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع
والاول اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بألف درهم وله
مال غير ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه اكمل
ايفاء كالدين حتى حقه من غير تخيير فيصاب له وان لم يخرج دفع اليه
ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان
الموصى له شريك الورثة في تخصيصه بالعين تخييرًا في حق الورثة لان
للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما
يصير مالا عند الاستيفاء فاما عند النظر ما ذكرنا قال ومن
اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان
الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا
اوصى لزيد وجراد وحي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته
فله نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لغو فكان ذلك
بمنزلة الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو
نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما
نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان
وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت
لم يستحق الثلث

ويستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له او اكتسب مالا استحق
الموصى له بالثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف
الى ما بعد الموت وثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله
وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه
وهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا
انه انكشف بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين
فيبطل بفواته عند الموت ولو لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح
ان الوصية يصح لانه لو كان بلفظ المال يصح فكذا اذا كانت باسم نوعه
وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال
له ساة من مالي وليس له غنم تعطى قيمة ساة لانه لما اضافه الى المال
علمنا بانه اراد بالوصية عما يتموله الساة اذ ما يتموله يوجد فيه مطلق المال
ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له فالاصح ان الجمع اضافته
الى المال وبدونها يعتبر جنس الساة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر
الساة وليس في ملكه ساة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم
له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الساة حيث
جعله جزوا من الغنم بخلاف ما اذا اضاف الى المال وعلى هذا الحرث كذا من
المسايل قال ومن اوصى بثلث ماله لمهات اولاده وهن ثلاثة والفقراء
والمساكين فان ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة اسهم
لان ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة
والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة ولمحمد رحمه الله ان المذكور
لفظ الجمع واقله في الميراث اثنان بخلاف ذلك في القرآن فكان من كل فريق
اثنان فامهات الاولاد ثلث فلهذا نقسم على سبعة ولهما ان الجمع المجلى

بالالف واللام يراد به الجنس وانه يساوي الجمع احتمال الكل لا سيما
عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلثة
للثلث قال ولو اوصى بثلثه للفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه
للمساكين عندهما وعند محمد رضي الله عنه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى ثلثه ٢
للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين
بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد
اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباتها قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث ٥
بين الكل هاهنا فلم تحل المال لانه نصيب كل واحد منهم بلغ مائة بخلاف
ما اذا اوصى لرجل بدينار ولآخر بمائة ثم قال لهما قد اشركتكما لانه لا امكن لتحقيق
المساواة بين الكل لتفاوت المالين فجعلناه على المساواة كل واحد بنصف
نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين
فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان
وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به
الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق
الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا نعتبر وجه الاستحسان انا نعلم
ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية التسليط
وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ بان يوصيه له
ذمته فيجعلها وصية جعل التعذر فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان فسلموا
وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق
الى الثلث دون الزيادة قال ولو اوصى بوصايا فوجد ذلك بعد اداء الثلث
لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة
وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فتقدم عند المعلوم وعلى هذا فرائض
اخرى وهو ان احد الاقرارين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به

والآخر

والآخر الباب خصاما وعيابهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم وبعد الاقرار يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة
واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال
للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دون حق المستحق وصيته
في حق التنفيذ واذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دنانيرها
في النصيبين فيوخذ اصحاب الثلث ثلثها اقروا به والورثة
بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما
اليمين على العلم ان ادعى لقوله زيادة على ذلك لانه يحلف على فعل الغير
جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي
نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك
او اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيلزم
الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح بين الورثة فافترقا
وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين
او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية
لساء تصرف في الشركة تثبت حكما له فصح في حق من لم يسبقه منهما اما
الاقرار فاخبار عن امر كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي فلا
وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف اخبر ولا الى اثباته
الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا فلانه لو قبض الاجنبي
شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل حق القدر لم يزل القبض
ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصته
احدهما ممتاز عن حصته الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له
ثلاثة اثواب حيال ووسط ودنى فاوصى بكل واحد لرجل فضاع

ثوب ولا يدري أيهما هو والورثة يجحدون كل فالوصية
باطلة ومعنى جحودهم ان تقول الورثة لكل واحد تعينه الثوب
الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة
القضاء وتحصيل المقصود فيبطل قال إلا ان تسلم الورثة
الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب
الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث
الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب
الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه إما ان يكون وسطا او رديا
ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين
لانه إما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان
يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من مجهول لاحتمال واذا ذهب
ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين
حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين
فاوصى احدهما بعينه لرجل فانها تقسم وان وقع البيت في نصيب
الموصى له هذا للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند
محمد رحمه الله نصف للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل
ذراع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال
محمد رحمه الله للموصى له مثل ذراع نصف البيت له انه اوصى بملكه و
ملك غيره لان الدار جميع اجزائها مشتركة فنفذ الاول وتوقف الثاني
وهو ان يملك بعد ذلك بالقسمة التي لا ينفذ الوصية السابقة
كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا قسموها ووقع البيت
في نصيب الموصي نفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف
البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذراع نصف البيت

تنفيذ الوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها
اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا باع العبد الموصى
به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية بطلت بالبيع قدام على
البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما استقر ملكه
فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد ايصاء ملك منتفع به
كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد
استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية
فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز
تكميلا للمنفعة ولهذا لا جبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز
يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في
قدر ذراع ان جميع ما وقع في نصيبه انما آلت عوضه كما ذكرناه
او لان مراد الموصي من ذكر البيت التعذر به لحصول
ما امكن الا ان يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين
التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او
لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه
على اعتبار الوجه الآخر كما اذا اعتق عبد الولد وطلاق المراة
او ولد ولد تلك امته والمراد في جزاء الطلاق يطلق الولد وفي
العتق ولد حتى لو اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى له الباقي بعد
ذراع والبيت عشرة اذرع تقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على
عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رحمه الله
فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت
وهو خمسة واربعون فنجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعند هما يقسم

على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين
فيصير السهام احد عشر سهما للموصى له سهمان في لهم تسعة ولو كان
مكان الوصية اقرار قيل هو على الاختلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله
والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره
ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا يصح حتى لو ملكه
بوجه من الوجوه ثم مات لا يصح وصيته ولا تنفذ قال ومن
اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت
الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف
على اجازته واذا اجازه يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمنع من التسليم
بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازه الورثة لان الوصية في
مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها
سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابنان
تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان
المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف
ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره
بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه
الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون
مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين
مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له
بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه
لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف
ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى

كل خمسة سهما

اي قول محمد نفوذهما في الوصية

بعد الاجازة

بعد موت الموصي ثم ارادوا ان يمتنعوا ليس لهم ان يمتنعوا من التسليم

اي التركة فيكون مقرا بسبب ثلث جزء من التركة وثلث جزء من التركة فيلزمه ثلث ذلك

ولا يلزمه اكثر من ذلك

فيكون مقرا بانه شريكه وشريك اخيه

لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث
فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا
بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى
ديونه ونفذ وصاياه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا
من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله وقال ابو حنيفة رضي الله عنه ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه
من الولد وفي الجامع الصغير عين صورته وقال رجل له ستمائة درهم وامة
تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي
ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له
ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة
الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية
فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع
لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض
الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه
في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته
بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع
بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد
القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار
وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند
صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة
الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب

لان الوصية تسري الى الزوائد الحادثة قبل القسمة

اي اذا ولدت المبيعة قبل القبض

اي في الابقاء

اي يحط بعض الثمن عن الاصل

قيد به لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان معقودا عليه

خلافا لزفر في الدين بعد معلوم

اي الدين الثابت باقرار المريض يؤخر عن الدين الثابت في حالة الصحة

٢٧٦

عند الموت وهي وارثه عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت
منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت
الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث
قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى
له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الوصية والهبة فلما قلنا
انه وارث عند الموت وهما الجابان عنده او بعده والاقرار وان كان
ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر
في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة
حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل
موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان
الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار انه لم يكن عليه
دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقر لاد
له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما
الهبة فيروى انها تصح لانها تملك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات
هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمفقوء والمفلوج
والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهو بمنزلة من جميع
المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه وبهذا الاشتغال
بالمداواة ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب
عند ما اصابه ذلك ومات من ساعته فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش
لانه تخلل من الموت ولهذا ابتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم
بالصواب

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وجانى او وهب فذلك كله جائز وهو
معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية

ملخص قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب
الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية كان قوله جائز والمراد الاعتبار
من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها
الجابت بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق
حق الورثة به وكذلك ابتداء المريض الجابه على نفسه كالمضاف
والكلام في حكم الوصية انها متهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد
الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة
دون حال العقد وما تفرد به من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان
كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض
صح منه فهو بحال الصحة لان البرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال
فان جاني ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالجناية اولى عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وان اعتق ثم جاني فهما سواء وقالا العتق اولى في
المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم تكن فيها ما جاوز الثلث
فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض
على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت
الموصي كالتدبير الصحيح والجناية في البيع اذا وقعت في المرض
لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب
التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه
انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي واذا قدم
ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا
ولا يقدم البعض على البعض لها في الخلافية ان العتق اقوى
لانه لا يلحقه الفسخ والجناية يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر
لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان الجناية اقوى لانها تثبت

في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا معناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة
ومعنى فاذا وجد الجناية اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اقلا
وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته الملزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة
رحمه الله اذا جاءني لم اعتق حاني قسم الثلث بين الجنايتين نصفين
لتساويهما فاصاب الجناية الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم
عليها فستويان فلو اعتق لم جاءني لم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول
والجناية واصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعند هما العتق
الاول في كل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك
منها جاز ولم يعتق عنه ما بقي عبد الا بمائة عشرة وان اوصية بحجة
تحج عنه ما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك سمي منها وبقي شيء من الحج ترد فيما
الورثة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق عنه ما بقي لانه وصية بنوع
قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق
لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له
وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله سبحانه الله
وتعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها
بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل اخر مختلف فيه وهو ان
العتق حق الله سبحانه وتعالى عندهما حتى يقبل الشهادة عليه من غير
دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا يقبل البينة من غير دعوى
فاختلف المستحق وهذا الشبه قال ومن ترك ابنين في مائة درهم وعبدا
قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارث ذلك لم يسع في شيء
لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت كلها
من الثلث الا انها لحقها اجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه
ولهذا لا يسعى العبد عليه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات وعلى العبد

جناية

جنايته ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قاطع لما كان
حق ولي الجناية مقدما على حق الموصى له كان الموصى له انما
تلقى الملك من حصته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع
فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي
او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء من مالهم
لانهم هم الذين التزموا وجازت الوصية لان العبد ظهر عن الجناية
بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله
فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال
الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول
الوارث والا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له
البينة ان العتق في صحته لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث
ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية
ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض
وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية ثلث المال
فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والجوائح
يضاف الى اقرب اوقاته تيقنا بها فكان الظاهر شاهدا للوارث
فيكون القول قول الوارث مع اليمين قال الا ان يفضل من الثلث
شيء على قيمة العبد لانه لا منازع له فيه او يقوم له البينة ان العتق
في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في
الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد
يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق ولا يسعى في شيء
لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد

فصار كانهما كانا نيفا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان
على المعتق دين فله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع
المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى
فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان
فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع
لثبوت الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق
الى تلك الحالة لان الدين لم يمنع العتق في حالة المرض محالا فوجب
السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال
رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف
درهم وديعة يعني الوديعة اقوى وعندهما سواء **فصل**
قال ومن اوصى بوصايا في حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها
قدم الموصي اواخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة
اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم وان تساوت
في القوة بدأ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه
ابتدأ بالاهم وذكر الطحاوي رحمه الله انه يبتدأ بالزكوة ويقدمها
على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وفي رواية انه
تقدم الحج وهو قول محمد رحمه الله وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة
فالزكوة تتعلق بها حوائج العباد فكان ادلى وجه اخرى ان الحج يقام بالمال
والنفس والزكوة بالمال فصار اعلى فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة
والحج على الكفارات لتزيتهما عليها في القوة وقد جاء فيها من الوعيد
ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر لانها عرفت وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر كذا قالوا
وصدقة مقدم على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في

فصار كانهما كانا نيفا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان
على المعتق دين وجه ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع
المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى
فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان
فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع
لثبوت الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق
الى تلك الحالة لان الدين لم يمنع العتق في حالة المرض محالا فوجب
السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال
رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف
درهم وديعة يعني الوديعة اقوى وعندهما سواء **فصل**
قال ومن اوصى بوصايا في حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها
قدم الموصي اواخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة
اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم وان تساوت
في القوة بدأ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه
ابتدأ بالاهم وذكر الطحاوي رحمه الله انه يبتدأ بالزكوة ويقدمها
على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وفي رواية انه
تقدم الحج وهو قول محمد رحمه الله وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة
فالزكوة تتعلق بها حوائج العباد فكان ادلى وجه اخرى ان الحج يقام بالمال
والنفس والزكوة بالمال فصار اعلى فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة
والحج على الكفارات لتزيتهما عليها في القوة وقد جاء فيها من الوعيد
ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر لانها عرفت وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر كذا قالوا
وصدقة مقدم على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في

فيه عدمناها غير اناجوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ
الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى
من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل
قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق فاوصى ان يحج عنه
يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى
هذا الخلاف اذا مات الحاج من غير اهله في الطريق لهما ان السفر
بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بعذره وقد
وقع اجره على الله فيبتنى على ذلك المكان كانه من اهله لخلاف سفر
التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف
الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقولهما قياس لان الجار من الجوار وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء يسمون كلهم جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله عليه السلام لاصلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستجابته ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله عليه الجواب الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قال والوصية تستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده على الاطلاق ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد والى قبيلة رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهاره ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدة من طلاق رجعي فالصهرية تستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا تستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت ومن اوصى لاخواله فالوصية لزوج كل ذات ذي رحم

رحم محرم منه وكذا المحارم الا الزوج لان الكل يسمى ختنا فعلى هذا في عرفهم وفي عرفنا لا تتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الجار والبعيد والاقرب في الاصح لان اللفظ يتناول الكل قال ومن اوصى لاقربائه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ولون الاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه الكل من نسب الى الموصي ابا له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب اجداد الاسلام وان لم تسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه اذا دخل الاسلام ولم تسلم ولهما ان القرب مستحق من القرابة فيكون ايسرهما من قامت به فينتظم لحقيقة مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان وكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي فرط في اقامة واجب الصلة وهو مختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القرب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره ويقرب الولد والوالد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان عند ابي حنيفة رحمه الله يقيد بما ذكرنا وعندهما بما قصى الاب في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله بالاب الادنى قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمته عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للاناث في الميراث وعندهما بينهم اثلاثا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا

او صى لذى قرابته حيث يكون للاعم كل الوصيه لان اللفظ للفرد
فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف
الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمه وخالا وخاله فالوصيه للعم والعمه
بينهما بالتسويه لاستوائهما في قرابتهما وهي اقوى والعمه
هي المستحقه للوصيه كما لو كان القرب رقيقا او كافرا وكذا اذا
اوصى لاقوى قرابته او لاقرب قرابه او لانسبايه في جميع ما ذكرنا لان كل
ذلك لفظ جمع ولو انعدم الحرم بطلت الوصيه لانها مقيده بهذا الوصف
قال ومن اوصى لاهل فلان وهي عاد وجته عند ابي حنيفه رحمه الله
وقالا يتناول لكل من يعولهم ويضمنهم نفقته اعتبارا للعرف وهو موجب
بالنص قال الله تعالى وانوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقه في الزوجه
يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل بلده كذا والمطلق
ينصرف الى الحقيقه ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيله التي
ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب
اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عباره عمن ينسب اليه
والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيته اذ دون اته لان الانسان
يتجنس باسه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام
بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون
دخل في الوصيه فقراؤهم واغنياؤهم ذكرهم وانثاهم لانه امكن تحقيق التمليك
في حقهم والوصيه تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصيه للفقراء منهم
لان المقصود من الوصيه القربه وهي في سد الخله وذا للحوجه وهذه
الاسامي تشعر بتحقق الحاجه فجاز حمله على الفقراء بخلاف اوصى لشاعر
بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل
لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجه فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن

اهل

تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهاله المتفاحشه وتعذر الصرف اليهم
وفي الوصيه للفقراء والمساكين يجب الصرف الى الثلث منهم اعتبارا للمعنى
الجمع واقله اثنان والوصايا على هذا ومن اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث
في قول ابي حنيفه رحمه الله اولا وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث
ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصه لان حقيقه الاسم للذكور والاناث ملحقه
الاناث تجوزوا والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بني فلان اسم قبيله او
محله من حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس مرادا بها اعيانهم اذ هو
مجرد الانتساب لبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقه والموالاه وحلفاؤهم
قال ومن اوصى لولد فلان فالوصيه بينهم والذكر
والانثى سواء لان اسم الولد يعم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى
لورثه فلان فالوصيه تعم الذكر مثل حظ الانثيين لانه نص على
لفظ الورثه اذ ذلك بان قصد التفضيل كما في الميراث ومن
اوصى لمواليه وله موالي اعتقهم وموالي اعتقوه فالوصيه باطلة
وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه ان الوصيه لهم جميعا وذكر
في موضع آخر انه توقف حتى يصطلحوا له ان للاسم يتناولهم لان كلا
منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهه مختلفه لان احدهما مولى
النعمه والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في
موضع الايجاب بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى
والاسفل لانه مقام النفي والاثبات في قيد يدخل في هذه الوصيه من
اعتقه في مرضه ذلك يدخل مدبروه وامهات اولاده ان عتق هؤلاء
ثبت بعد الموت والوصيه يضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم
قبله وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم
يدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر سواء ان العتق ثبت قبل

الموت عند لحق عجزه ولو كان له موالي اولاد الموالي وموالي
الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعند
يوسف رحمه الله انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الابناء والهم على
السواء ومحمد رحمه الله يقول الجهة تختلف في المعتق لانعام وفي الموالي
عقل الالتزام والاعتاق لا دم فكان لا اسم له احق ولا يدخل فيه
موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف موالديه ولو
لادهم لانهم منسوبون اليه باعتاق وجده وبخلافه اذا لم يكن له
موالي او لاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فينصرف اليه عند تعذر
اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف
للمعتق والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيهم
موالي المعتق لانه او ابوه لم يكونوا موالي لهم ليصيروا موالي له لا حقيقة ولا مجازا
واما الجر زعيرانهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه
بالولاء والله اعلم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى
داره سنين معلومة ويجوز ذلك ابدا لان المنافع تصح تمليكها في
حالة الحياة بيد او بعوض فكذا بعد الموت بحاجته كما في الاعيان
ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه
كالمستولي الموقوف غلته منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا
ومؤبدا كما في العارية فانها تملك المنافع على اصلنا خلافا للميراث
لانه خلافه فيما يتملكه الوارث ويد كذلك على عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى
وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها
والمعنى يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم الله
لانه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحم الورثة وان كان لا مال له

غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم
في الثلثين كذا في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اخرا لانه
لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى
الدار اذا كان لا يخرج من الثلث حيث يقسم عبر الدار اثلاثا للانتفاع
لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وزمانا
وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من
حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان للاول وهو الاعدل
اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعند
يوسف رحمه الله ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق
الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار ما ان ظهر للميت مال آخر ويخرج
الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا ظهر ما في يده
والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعوا عنه قال فان كان مات
الموصى له عاد الى الورثة لان الموصى اوجب الحق للموصى له
ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى ورثة الموصى له استحقوها
ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز قال
ولو مات الموصى له في حياة الموصى بطلت الوصية لان الحق بها تعلق
بالموت على ما بيناه من قبل قال ولو اوصى بغلة عبده او داره
فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قبل الحول ذلك لان قيمة المنافع
كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز الا بالغلة لانها دراهم
او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما
متعايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين لهم كان لهم ان يأخذوه
من الغلة بخلاف ما استرد منه بعد استغلالها ولان تمكنهم من المنافع
بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له ان يخدمه ويسكنها لانه يواجر

العبد او التدبير وقال الشافعي رحمه الله ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فملك
تمليكها من غير بدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانه اباحه
على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بعد الموت فلا تملك تمليكه بدل
الموت فلا تملك تمليكه بدل الاعارة اما الاعارة فانها تمليك بعد بدل في حاله
الحياة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تملك بدل كذا هذا و
تحقيقه ان المالك سد لازم وبغير بدل غير لازم ولا تملك الاقوى بالاضعف
والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم لان الرجوع للمتبرع لا لغيره و
المتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع ما هو في وضعه غير لازم
ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وتمليكها بالمال لاحداث صفة المالية
فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة واذا ثبت هذه الولاية لمن تملكها
تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة
التي يملكها اما اذا املكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان
مملكا اكثر مما ملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من
الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله من غير الكوفة فيخرجه الى اهله
لان الخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف
من مقصود الموصي واذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته
فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غير مصره فمقصوده ان يحمل
العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا
لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة
لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث
غلة ذلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له
قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك لا
في رواية عن ابي يوسف رحمه الله فانه يقول الموصى له شريك الوارث والشريك

ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة يبتنى على ثبوت الحق
للموصى له فما لا فلا وما لا فلا حق له في عين الدار وانما
حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده و
لآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب
الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا عليه لاحدهما على
الآخر فيعتبر هذا الحال بحال الانفراد ثم لما صح الوصية لصاحب الخدمة
فلو لم توص في الرقبة شيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة
للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث
من حيث ان الملك فيما يثبت بعد الموت فيها مخاير وهو ما اذا اوصى
بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بالخاتم ولآخر
بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى
ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا افصل احد
الامرين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رحمه الله وعلى قول محمد
رحمه الله الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها وجه
قول ابي يوسف رحمه الله ان بالحاقه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول
الحاق الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان مفصولا
لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه
والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولهما رحمهما الله ان اسم الخاتم
يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في جوفها واسم القوصرة
كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة
الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بالحاق على حدة
فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون الحاق الوصية به للثاني رجوعا
عن الاول كما اذا اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا

تتناول الخدمة وانما تستحق الموصى له لحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا
اوجب الخدمة لعبده لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام
موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب
الخادم الخدمة خاصة دون الغلة قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم
مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني
ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة
بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الغلة اسم
الثمرة اسم للموجود عرفا فلا تتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل
التنصيص على الابد لانه لا تتابت الا بتناول المعدوم والمعدوم
ملاكوب وان لم يكن شيئا اما الغلة تنتظم الموجود والمكون بعرض
الوجود مرة بعد اخرى عرفا فتقول فلان يأكل من غلة بستانه ومن
غلة ارضه ودابه فاذا اطلقت تناولتها عرفا غير موقوف على دلالة
اخرى لها الثمرة اذا اطلقت لم تراد بها الا الموجود فلهذا افتقر
الانصراف الى التأبيد دليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا
او بولادها او بلبنها ثم مات وله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها
من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال
ابدا او لم يقل لانه عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا
بخلاف التقدم والفرق ان القياس ما ذكرنا ان المعدوم لا يقبل
الملك الا ان الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد
عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق
الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم والاختان فلا يجوز
ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت
الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع

تبعا ويعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية **باب**

وصية الذمي

واذا اوصى ذمي او ذمية او نصراني بيعة او كنيسة
في صحته ثم مات وهو ميراث لان هذا اعتزال الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله
والوقف عنده لا يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية
فلا تتصح عندهما قال ومن اوصى بذلك لقوم مسلمين وهو من الثلث جاز
اذا اوصى لبنى دار بيعة او كنيسة وهو جائز من الثلث لان الوصية
فيها معنى الاستخلاف في التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه
على اعتبار المعنيين قال ولو اوصى بداره كنيسة لقوم غيرين
مسمين جاز الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة
والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله
ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فيجوز
بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في
معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق
لابي حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان
البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني واما بزوال ملكه بان
يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم يصر
محررا لله تعالى حقه فبقي ملكا للباني فيورث عنه وانهم يبنون فيها للخمرات
ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث
المسجد ايضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية لانه وضع ازالة الملك الا انه
امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على
مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الخلاف ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها
ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وكذا اذا اوصى

الذمي بان يزوج حنازيره ويطعم المشركون وهذه على الخلاف اذا كان القوم
غير مستعبن كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في
حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجدا للمسلمين
او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا
لاعتقادهم اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون
والحيلة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا
اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جايز
سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة
وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم
كما اذا اوصى للمغنيات في النايحات فان هذا غير جايز لانه معصية في حقنا
وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكها واستخلافا واصاحب
الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام
على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته
بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وفي المرتد اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما
دخل الجزى دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية
لما تعلق على الملك لحق الورثة في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله
باعتبار الامان والامان كان لحق الورثة ولو كان اوصى بما قل من ذلك لجميعه
اخذت الوصية وبقي الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق
عبدا عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام ثم ذلك صح منه من غير اعتبار
الثلث لانها ولاء الموصي له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في
دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات
منه في حال حياته وتصح تبرعاته في حياته فكذا بعد مماته وعلى ابي حنيفة والى
يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع منه

وعكس منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية قال ولو اوصى لذمي
بالف من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا
احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فلو اوصى لحلاف ملته جاز اعتبارا
بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز
لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه
الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت رضي بسببه معتمدا
عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا
من جهته فيرد بدله كخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او بيع
قال رحمه الله حتى صح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حتى قدر
على التصرف في نفسه قال وان رده في وجهه فهو رد لانه
ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا عروضه لانه يمكنه ان يلتمس
غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو للخيار ان شاء قبل
وان شاء لم يقبل لان للموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو
انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول
وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الموصي وسواء
علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع
حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولايته
اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة
لثبوته في حال قيام ولاية الموكل فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع
والاجارة وقد بيناه طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب فلو لم
يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك لانه لم يلزم القاضي

اخرجه حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا يبطل الا بصالح في ابطاله
ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء محبوس بالثواب ودفع الاولى
وهو على ما قيل ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يتضرر ذلك
لانه يجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر عنه ورما يعجز عن ذلك
فيضر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب
حافظا لمال الميت متبرعا فانه يندفع الضرر من الجانبين فلهذا
ينعقد اخراجه قلوقال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم تلتفت
الى قوله قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال
ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية
ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج
يكون بعدها وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية باطلة قيل
معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل العبد
معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وغيره معناه
ستبطل وقيل الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة
ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية القاضي
على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لما تم النظر لتوقف ولاية العبد
على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمجاهرة الدينية الباعثة
للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه
القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل
ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه
وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار
لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري
فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا تفيد فائدته وان كانوا صغارا كلام

الوصية الى عبد نفسه صحيحة عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يخرج عنها وهو القياس
وقول محمد رحمه الله مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة ومرة مع ابي
يوسف رحمهما الله وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق
ينافيها والمنافي فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع
ولان الولاية الصادرة من العاجز لا تجري في اعتبار هن بحرية لانه
لا علك سع رقبته وهذا نقص لا وضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف
فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد ولاية فان الصغار وان كانوا
مثلا كالمكاتب ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى له يوذن بكونه
ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تجري على ما هو المروي عن ابي حنيفة
رحمه الله او نقول ايصاء الله كيلا يؤدي الى ابطال اصل وتغيير
الوصف ليصح الاصل اولى قال ومن عجز عن القيام بالوصية
ضم الله القاضي غيره اعانه لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل
النظر يحصل بضم الامين اليه لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر
باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يحبه حتى يعرف في الحقيقة
لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي
عجزه اصلا استبدل به دعايه للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف
امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه
مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور
شفقته فاولى ان لا تقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي
الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استحق
الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا
لخيانته وقد فات ولو كان في الاحياء اخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي
منابه كانه لاوصى له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما

لا تتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة

بيانه ان ابا الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله ينفرد كل منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية بسبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية النكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة والخلافة تحتمل التجزي وانما تحقق اذا اسندت الولاية الى الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان يوصف الكمال ولان احتياد الاب اياهما يوذن باختصاص كل واحد منهما بالسفقة فنزل ذلك منزلة قوله كل واحد منهما وليا على الانفراد

ولهما ان الولاية ثبتت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الحاكم ونوعي الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما في حق كمال ولاية النكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو عطلا لبنته بانكاح كفو لخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف للموصى ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما خلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لان من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها والى في شراء الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا ملكه الجيران والرفقاء في الطريق عند ذلك وطعام الصبغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الدين لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من وقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي والمخصومة في حقوق

الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والاخ في حجره فلم يكن من باب الولاية وسع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال في الجامع الصغير وليس لاحد من الوصيين ان يبيع او يتقاضى فالمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه يرضى بها حميعا في القبض ولانه في معنى البيع لا سيما عند اختلاف الخلق على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى لكل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برای الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عنده الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تنعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر احتياطا عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر حفظا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رحمه الله الحي منهما وان كان يقدر على التصرف والموصى قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وقد امكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وجه ظاهر الرواية ان منزله ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان راي الميت باق حكما برای من خلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصى ما رضي بتصرفه وجه الخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه بعد تصرفه برای المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي او اوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة

الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة
الاول اعتبارا بالتوكيل وحالة الحياة والجامع انه رضي برأيه لا برأي
غيره ولنا ان الوصي تصرف بولاية منتقلة اليه فملك الايصاء الى غيره
كالجد الاب بيان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي
في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه
كذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية
وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلة نفسه فيهما
ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه بعجزه الميت قبل تسليم
مقصوده وهو تلافي ما فرط منه جاز رضيا بايصائه الى غيره
بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه
فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي
الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد ما عيب ويرد
عليه به ويصير مغرورا باشراء الوارث والوصي خليفة الميت ايضا
فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى
لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له
اما الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب
حديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بالشراء
الوصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما في يده
له عند الوصي كان له ثلثه بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير انه
الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار
كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى
له شريك الوارث فيتوى ما يتوى من المال المشترك على التركة ويبقى ما بقي
على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع

رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان اوصى للميت بحجة
فقاسم الورثة فهلك ما في يده لم يرجع عن الميت بثلث ما بقي وكذلك ان رد فقه
الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان مستعرفا
للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد رحمه الله لا يرجع
بشيء لان القسمة حق الموصى وقد فرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه
فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية وكذا اذا دفع وصيته الذي
قام مقامه وعلى قول ابي يوسف رحمه الله ان مجلس الوصية الثلث فصحت بنفيذ
هما ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لم
القسمة لا تراد لذاتها بل للمقصود بها وهو تأدية الحج فلم تعتبر
دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي وان تمام بها
التسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك
الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث الف درهم
فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فضمنها ثم ان
ان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير
الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى
والغيب ومن النظر ان ينصب الغائب قبضه فتقدد لك وصح
حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل
قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء
وهو حاز لان الوصي قائم مقام الموصى ولو تولى حيا بنفسه
جاز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه
من قام مقامه وهذا لان الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصورة والبيع
لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان
للغرماء حق الاستسعاء اما هنا بخلافه قال ومن اوصى بان يباع

عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع
الثمن في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فيكون
العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن
الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير
بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه
عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول لا
يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة
وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية
فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه
بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف
القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها
القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا
عن لزوم الغرامة فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه
كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب
القضاء وان كانت التركة فهلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا
كان على الميت دين آخر قال واذا قسم الوصي الميراث فاصاب
صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد
رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته
لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي
بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املأ اذ الولاية
نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على
بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس
في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكنه التحرز

عنه

١٠

عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون
والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله
لانهم يتصرفون بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر
وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة
فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب
كتاب على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد
شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب
ثم يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما
بينا وقيل لا باس به لان الوصاية تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي
على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه
فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي بيع غير العقار
ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ
لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار
محصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ
دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير
والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي
الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم
مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي
احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد احق لان الشرع
اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه
ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى
فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام
الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه قال فان لم يوص

المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم صح

٢٩٩

الاب فالجد لانه الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك النكاح دون
الوصي غير انه تقدم وصي الاب في التصرف لما بيناه وصل في الشهادة
واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة
لانهما متهمان فيها لاثباتهما تعيينا لانفسهما قال الا ان يدعيها
المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس مثل الاول لما بيناه من
التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء اوضم
آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط شهادتهما مؤنة التعيين
عنه اما الوصاية تثبت نصب القاضي قال وكذلك الابن معناه
واذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا
بنصب حافظ للتركة ولو شهدا بعمى الوصيين لوارث صغير في شئ
من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولايته التصرف
لانفسهما في المشهود به قال وان شهد الوارث كبير في مال
الميت لم تجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليهما ان شهد الوارث كبير لجد
في الوجهين لانه لا تثبت لهما ولايته التصرف في التركة اذا كان الوارث
كبارا فيعرى عن التهمة وله انه تثبت لهما ولايته الحفظ وولاية بيع
المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير
التركة لانقطاع ولايته وصي الاب عند اقامة مقام نفسه
في تركته لا في غيرها قال واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت
بدين الف درهم وشهد الآخران للآولين بمثل ذلك جازت شهادتهما
ولكانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تقبل في الدين
ايضا وابو حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف رحمه الله

وعن

وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله ووجه القبول ان الدين
يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع احنبي بقضاء
دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الدين بالموت يتعلق
بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة
يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف
حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة قال
ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بحادثة وشهد المشهود لهما ان
الميت اوصى للشاهدين بعينه جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة
فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين ثلثه ماله وشهد المشهود
لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة ولذلك اذا شهد
الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه
اوصى للآخرين بثلثه ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصور مثبتة
الشركة والله اعلم

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال واذا كان المولود فرجا وذكرا فهو خنثى فان
كان بوال من الذكر فهو غلام وان كان بوال من الفرج فهو انثى لان النبي
عليه السلام سئل عنه كيف تورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه
مثله ولان البول من احد العضوين فهو دليل على انه هو العضو الاصلي
الصحيح والآخر بمنزلة العيب والنوال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دليل
اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ينسب الى اكثرهما لانه علامة فوق ذلك
العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع
فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس بدليل على القوة لانه قد يكون لاتساع
في احدهما وضيق في الآخر وان كان الخارج منهما على السوا فمشكل بالاتفاق
فهو م

لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى فرخصاله بلحيه او وصل الى النساء
فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدى كثدى الرجال او نبت
من علامات الذكران ولو ظهر له ثدى كثدى المرأة او نزل له لبن في ثديه
او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه
علامات النساء وان لم تظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل ولذا
اذا تعارضت هذه المعالم **فصل في احكامه** الاصل في الخنثى المشكل
ان يوخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان الحكم بثبوت حكم
وقع الشك في ثبوته قال اذا وقف خلف الامام قام من صف الرجال
والنساء لاحتمال انه امرأة فلا تخلل الرجال كملا تفسد صلوتهم ولا
ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فالحق
التي لم تعد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة
وتعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بخلافه يعيد صلوتهم احتياطا
لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة
ويكلف في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جايز
في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب
ما امكن ولو صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على
الاستحباب وان لم يعد اجزاه ويتاح له امة تختنه ان كان له مال لانه
يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان تختنه رجل لانه
عبث انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان للاحتياط فيما قلنا وان
لم يكن له مال اتاح الامام من بيت المال لانه اعد لنوايب المسلمين فاذا اختنه
باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حبوته
لبس الحلي والحرير وان كشف قدام الرجال او قدام النساء وان تخلوه
غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن

لتمس تعليل للمسايل

احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه
لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه و
قال محمد رحمه الله يلبس لباس المراة لان ترك لبس المخيط وهو اسراة الخنثى
من لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه لم يبلغ قال ومن حلف بطلاق
او عتاق ان كان اول ولد يلد ينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين
امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة
لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القوابل
جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بحمل وان قال الخنثى انا رجل
او قال انا امراه لم تقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية
الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان تقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره
وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوفى احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد
ويتعدد الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال
انه ذكرا او انثى وان سجى قبره فهو احوط لانه ان كان انثى يقع واجبا
وان كان ذكرا فالتسجية لا يضره واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامراة
وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فتوخر
عن الرجل لاحتمال انه امراة وتقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو
دفن مع رجل في قبر واحد من غير ان جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال
انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امراة قدم الخنثى
لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير يعتبر المراة فهو احوط الى لاحتمال
انه عورة وتكفن كما تكفن الجارية وهو احوط اتبعني يكفن في خمسة
اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا
على السنة فلا باس بذلك فلو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند ابي

حسبه رحمه الله على بلاية اسهم للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انى عند فى الميراث
الا ان بينه عوده كذا وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
انثى وهو قول الشعبى رحمه الله واختلفوا فى قياس قوله فقال محمد رحمه الله
المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف
رحمه الله المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق
كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع عند الاجتماع
فقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب باربعة وذلك بثلثة فكون سبعة
ولمحمد رحمه الله ان الخنثى لو كان ذكرا كون المال بينهما نصفين وان كان
انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل
ذلك ستة ففى حال المال بينهما نصفان وفى حال اثلاثا للخنثى سهمان و
للابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين وقع الشك فى السهم الزايد
فينتصف فكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار
الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة اسهم وهذا حسن رحمه الله
ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى
متيقن به وفيما زاد عليه شك وصار كما اذا كان السبب فى وجوب المال سببين
احدهما يوجب المال بسبب آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك فصار كما
اذا كان السبب فى وجوب المال سببين آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا الا
ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا حينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك
الصورة لكونه متيقنا به وهو لم يكون الورثة زوجا واما واخا
لاب واما هى خنثى او امراة واحوين لام واختا لاب واما هى خنثى فعند ابى حنيفة فى
الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقى للخنثى وفى الثانية للمراة
الربع وللاحوين لام الثلث والباقى للخنثى لانه اقل النصيبين

مسائل ستة واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له اتشهد

على ما فى هذا الكتاب فاومى برأسه اى نعم او كتب فاجاب
من ذلك بما يعرف انه اقرار فهو جايز ولا يحتاج ذلك فى الكتابة
الى تعقل لسانه وقال الشافعى رحمه الله يحتاج الوحشى
لان الحجة انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلى
والعارضى كالوحشى والمتوحش من الاهلى فى حق الزكوة
والفرق لاصحابنا رضى الله عنهم ان الاشارة انما تعتبر اذا
صارت معهودة معلومة وذلك فى الاخرس دون من يعتقل لسانه
حتى لو اعتاد ذلك فصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة
الاخرس وان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا تفريط
الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف
الزوال دون الاصلى فلا يتفاوتان وفى الابكم عرفنا النقص
قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومى اليها يعرف به فانه
يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتضى منه وله والايجاب وقبول
يحتاج له واما الكتابة فلانها من توابع الخطاب محمد نا الا ترى
ان النبى عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة
بالكتابة الى الغيب والحضور وحق الغايب العجز وهو فى حق الاخرس
اظهر والزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو
بمنزلة النطق فى الغايب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم
كالكتابة على الجدران واوراق الاشجار ونحوى وهو بمنزلة الكتابة
من الصبى فلا يتم البينة وغير مستبين كالكتابة على الهواء
والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاخرس
فجعل حجة فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها
من حقوق العباد ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون

اي القاذف مع العبد

اللقط والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها
حق الله تعالى ولا تندرئ بالشبهات لعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد
للشبهة ولا الحد ايضا بالاشارة بالقذف لانعدام القذف صريحا
وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان
فيه شبهة الا يرى لو شهدوا بالوطء الحرام او اقر بالوطء الحرام لا يجب
الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص
وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية
لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق
العباد واما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس
فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب
الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان
يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا
لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهليته
النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة
ودلت المسألة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة
بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رحمهم الله انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة
على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال
اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة
زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة
لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما
او يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة
وقيل هذا تفسير معتقل اللسان قال واذا كانت الغنم مذبوحة
وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة

انه

عطف على قوله ولا يحد ذكره المعتقل لسانه

اكثر

اي او كانا

اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما
في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة
تحل في حال الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى
لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة
اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة
ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة
الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو ٣٠٣
عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا
على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع
الامتناع عنه فيسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف
بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب

فرغ من تعليقه وتحريره بعون الله وحسن توفيقه
وقت الضحوة في يوم الخميس الخامس والعشرين
من شهر صفر ختم بالخير والظفر لسنة اربع وسبعين
وسبعمائة حسن بن محمد بن محمد المدعو
بين الاصحاب بسديد العلائي
عفا الله عنه عما فرط منه
ورزقه العلم
والعمل